Université d'Aix-Marseille — Faculté de Droit d'Aix-en-Provence

LA FAMILLE
DANS LE CODE CIVIL
(1804 - 1904)

Thèse pour le Doctorat

PAR

LOUIS COIRARD

Avocat à la Cour d'Appel d'Aix

Lauréat de la Faculté de Droit

Président : M. JOURDAN, professeur.

Suffragants : M. VERMOND, professeur.

M. REYNAUD, agrégé.

AIX

Imprimerie & Librairie Makaire (B. Philip, gérant)

2, rue Thiers

1907

LA FAMILLE
DANS LE CODE CIVIL

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

Faculté de Droit d'Aix-en-Provence

PERSONNEL

MM. BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé du Cours de Législation Industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit Civil, chargé du Cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat).

BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit Commercial, chargé du cours de Droit Maritime.

VERMOND, professeur de Droit Romain.

MOREAU, professeur de Droit Administratif, chargé des cours de Législation financière et de Droit Administratif approfondi.

AUDINET, professeur de Droit International public et privé, chargé du Cours de Droit International public (Doctorat).

CÉZAR-BRU, professeur de Droit Civil, chargé du cours de Droit Civil approfondi.

BABLED, professeur d'Economie politique, chargé du cours d'Histoire des doctrines économiques (Doctorat).

BONNECARRÈRE, professeur de Législation Criminelle, chargé du cours d'Enregistrement.

DELPECH, agrégé, chargé des cours de Droit Public et de Droit Constitutionnel (Licence et Doctorat).

RIPERT, agrégé, chargé du cours de Droit Civil.

PERROUD, agrégé, chargé des cours de Procédure civile et d'Histoire générale du Droit français.

RAYNAUD, agrégé, chargé des cours d'Economie politique (Licence et Doctorat) et d'Histoire du Droit public (Doctorat)

JOUGLA, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Université d'Aix-Marseille — Faculté de Droit d'Aix-en-Provence

LA FAMILLE
DANS LE CODE CIVIL
(1804 -- 1904)

Thèse pour le Doctorat

PAR

LOUIS COIRARD

Avocat à la Cour d'Appel d'Aix
Lauréat de la Faculté de Droit

ACAD. LEGISLAT. JURISL.

Président : M. JOURDAN, professeur.
Suffragants : M. VERMOND, professeur.
M. REYNAUD, agrégé.

AIX
IMPRIMERIE & LIBRAIRIE MAKAIRE (B. PHILIP, gérant)
2, rue Thiers

1907

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549817_0014

Notes Bibliographiques

Comme l'indique notre titre, ce n'est pas une bibliographie générale que nous avons eu la prétention de donner ici. L'ampleur de notre sujet et l'extrême abondance des sources auxquelles il nous était loisible de puiser ne nous permettaient pas d'aborder une tâche aussi considérable avec quelque espoir de la mener à bien. Il nous a semblé d'ailleurs qu'une bibliographie très étendue n'aurait eu que peu d'intérêt, jointe à un travail où, en dehors de la partie historique, et quelque précieuse que pût être l'étude des opinions émises en la matière, la plus grande place appartenait forcément à un exposé de vues personnelles, sinon originales.

Nous nous sommes donc contentés de mentionner les principaux ouvrages où nous avons pu trouver soit les éléments d'une documentation précise, soit les discussions de principes qui ont inspiré nos appréciations et nos critiques.

Ouvrages d'ensemble

Allègre (chanoine). — Le Code Civil commenté à l'usage du Clergé, 2e édition, 1890 (4 v.)

ALVAREZ. — De l'influence des phénomènes politiques, économiques et sociaux sur l'organisation de la famille moderne, Th. Paris 1899.

BOISTEL. — Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit, 1870.

» Cours de philosophie du droit, 1899 (2 v.)

FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, 1827-1828 (15 v.)

JANET (Paul). — La famille ; leçons de philosophie morale, 1868.

Le Livre du Centenaire du Code Civil, 1905.

LE PLAY. — L'Organisation de la Famille, 1870.

» La Réforme Sociale en France, 4e édition, 1872 (3 v.)

PORTALIS. — Discours, Rapports sur le Code Civil, 1844.

Ouvrages Historiques

FUSTEL DE COULANGE. — La Cité Antique, 7e édition, 1878.

GIDE (Paul). — Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne, 2e édition, 1885.

GIRAUD-TEULON. — Les origines du mariage et de la famille, 1884.

KŒNIGSWARTER. — Histoire de l'organisation de la famille en France, 1851.

KOVALEWSKY (Maxime). — Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété, 1890.

LETOURNEAU. — L'évolution du mariage et de la famille, 1888.

De Ribbe (Charles). — Les familles et la société en France avant la Révolution, 1879. (2 vol.).

Sagnac. — La législation civile de la Révolution Française (1789-1804). Th. lettres, 1898-1899.

Starcke. — La famille primitive, 1891.

Viollet (Paul). — Précis de l'Histoire du Droit Français, 2e édition, 1893.

Sur le Mariage et les Rapports entre époux

Durand (Abel). — L'Autorité maritale. Th. Paris, 1902.

Fonsegrive (Georges). — Mariage et Union Libre, 1904.

Glasson (Ernest). — Le Mariage civil et le Divorce, 1880.

Lamy (Etienne). — La femme de demain, 1901.

Lefebvre (Charles). — Le mariage civil n'est-il qu'un contrat? (*brochure. Larose*) 1902.

Legrand. — Le mariage et les mœurs en France, 1879.

Lemaire (René). — Le mariage civil. Th. Paris, 1901.

Margueritte (Paul et Victor). — L'élargissement du divorce. (*brochure. Plon*) 1902.

Morizot-Thibault. — La femme et le divorce. (*brochure. Réforme sociale*), 1901.

Turgeon (Charles). — Le féminisme français, 1902 (2 vol.)

De Villermont (Marie). — Le mouvement féministe. (*2 brochures. Bloud et Barral*), 1904.

Sur l'Autorité paternelle

Boistel. — De la puissance du père sur la personne de ses enfants. Th. Paris, 1863.

COIRARD (Paul). — De la puissance paternelle dans ses rapports avec le pouvoir social. (*brochure. Montpellier*) 1880.

DRILLON. — Les droits et les devoirs du père de famille, (*brochure. Bloud et Barral*) 1905.

FUZIER-HERMAN. — De la protection légale des enfants contre les abus de l'autorité paternelle. 1878.

GASTAMBIDE (Maurice). — L'enfant devant la famille et devant l'Etat. Th. Paris, 1901.

SERTILLANGES. — La famille et l'Etat dans l'éducation, 1907

Sur les Questions successorales

JANNET (Claudio). — Le Code Civil et les réformes indispensables à la liberté des familles, (*brochure. Mame*). 4e édition, 1895.

LE PLAY. — L'organisation du travail, 1870.

La liberté de tester. — Discussion sur le régime des successions, 1867. (Société d'Economie sociale).

Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession, 11 fascicules parus de 1867 à 1904. (Réforme sociale).

Articles de Revues

La Réforme Sociale

1er octobre 1901. — THALLER. — Contrat de mariage et régime normal des biens entre époux.

1er janvier 1902. — Boistel. — Limites à apporter aux droits du mari dans l'administration de la communauté.

16 avril, 1er mai, 16 mai 1902. — R. de la Grasserie. — Critique et Réforme de notre régime matrimonial.

16 novembre 1903. — Ambroise Colin. — L'influence des lois successorales sur l'expansion de la race.

Bulletin de la Société d'Études Législatives

1906, nos 2, 3 et 4. — Albert Tissier. — Rapport sur l'extension des causes de divorce.

1906, no 3. — Charles Cézar-Bru. — Observations sur le divorce par consentement mutuel et par la volonté d'un seul.

1906, nos 4 et 5. — Bartin. — Rapports sur les droits et pouvoirs du père comme administrateur légal.

La Revue des Deux Mondes

15 novembre 1906. — Louis Delzons. — Les Lois des Femmes.

Le Correspondant

10 décembre 1904. — Maurice Sabatier. — Le Code Civil.

La Revue de Paris

1er et 15 octobre 1903. — Maxime Leroy. — Le Centenaire du Code Civil.

La Revue Bleue

5 mai 1906.— DURKHEIM. — Le Divorce par Consentement Mutuel.

INTRODUCTION

Notre dessein, en abordant l'étude de la Famille dans le Code Civil, n'est pas de présenter un précis ou un exposé de notre législation familiale. Les modestes proportions de cet ouvrage ne nous permettraient, à cet égard, qu'un trop rapide et superficiel résumé des études spéciales consacrées à ces matières.

C'est une étude synthétique des caractères de l'organisation de la famille dans notre Droit que nous avons voulu tenter ; et la double date qui figure dans notre titre indique l'actualité d'un travail de ce genre.

1804 et 1904 sont en effet deux dates d'une importance capitale dans l'histoire de nos principes juridiques.

1804, c'est la promulgation du Code Civil, terme de ce vaste labeur qui devait adapter aux

conditions de vie de la société moderne les débris des législations du passé ; c'est la fusion et l'amalgame des lois et des coutumes prodigieusement diverses qui se partageaient le sol de l'ancienne France ; c'est la conciliation des principes les plus opposés, du droit de l'Ancien Régime et de celui de la Révolution.

1904, c'est le Centenaire du Code qui provoque, avec un imposant concert d'éloges, une critique minutieuse de ses dispositions. Un recul d'un siècle mettant en effet en relief, à côté des imperfections originaires du Code, celles que le temps a fait apparaître, les projets de réforme ou de refonte ont depuis lors surgi en foule, ceux-ci révolutionnaires, ceux-là modérés, tous d'accord sur l'impossibilité de maintenir un *statu quo* trop vieilli.

Entre ces deux dates se place une évolution des plus intéressantes. On y voit les transformations morales, sociales et économiques, la pratique des affaires, l'interprétation jurisprudentielle, les lois enfin faire subir au Droit de 1804 des modifications progressives qui préparent les critiques et les projets de réformes de 1904.

Quels furent, au moment de la confection du Code les principes, les conceptions, les influences qui inspirèrent les dispositions législatives sur l'organisation de la famille ? Que devinrent dans

l'évolution juridique du XIX^e siècle les idées maîtresses alors adoptées ? Que vont-elles devenir dans la réforme projetée depuis 1904, et quelles orientations détermineront le sens de cette réforme ? C'est cela et cela seulement que nous nous proposons de rechercher.

Pour faire utilement cette recherche, nous nous sommes surtout attachés à approfondir le caractère général des grandes lignes de l'organisation familiale ; volontairement nous avons négligé les détails de cette organisation qui nous ont paru ne présenter qu'un médiocre intérêt pour l'étude de la physionomie d'ensemble. Enfin, et toujours en vertu de la même méthode, quand nous avons abordé l'examen des modifications proposées, nous n'en avons analysé le texte qu'autant qu'il était nécessaire pour en dégager l'esprit, et nous-mêmes avons préféré à chaque fois indiquer le sens des réformes souhaitables, plutôt que de les proposer sous la forme concrète d'un projet.

Ainsi résolus à n'étudier dans l'organisation de la famille que les conceptions et l'évolution de l'esprit juridique français, nous avons délibérément évité toute incursion sur le terrain des législations étrangères. Sans méconnaître les précieux emprunts que peuvent faire aux lois de nos voisins les législateurs chargés de la refonte du Code,

nous avons pensé que l'étude de principes et d'idées directrices que nous nous proposions pouvait être faite, et avait même intérêt à être faite d'un point de vue strictement national.

*
* *

La famille dont nous allons essayer de décrire l'organisation juridique consiste essentiellement dans le petit groupe formé des père et mère et des enfants mineurs.

C'est sous cet aspect surtout qu'elle présente une importance véritable au point de vue social. La famille ainsi comprise a été la première des sociétés ; elle est restée le noyau central de la plupart des collectivités familiales plus vastes d'autrefois ; et c'est à mesure que ce noyau précisait ses contours, rompant graduellement avec le mode communiste, que les civilisations ont pu progresser et se développer. Aujourd'hui c'est cette famille *stricto sensu* qui constitue la cellule sociale par excellence ; c'est elle que l'on envisage quand on dit que la société est formée de familles plus encore que d'individus.

L'évolution sociale restreignant de plus en plus à ces limites le cercle de la vie familiale, la législation tend aussi à ne plus réglementer et sanctionner qu'à l'intérieur de ce groupe les droits et

les devoirs familiaux. A l'heure actuelle cependant, et par la force des choses, ces droits et ces devoirs nés dans la famille *stricto sensu* se prolongent encore au-delà de ses limites en une survivance qui étend sensiblement le champ de la législation familiale. Nous devons donc, pour avoir une vue exacte de la famille moderne, ne pas nous en tenir rigoureusement à la famille proprement dite, et étudier le droit familial en étendue, après l'avoir envisagé en profondeur.

Désireux de rechercher dans la famille les caractères de son organisation juridique, nous la prendrons déjà constituée, en laissant de côté les actes et les formalités qui précèdent sa constitution et les modes de preuve prescrits par la loi pour établir les situations familiales.

Et puisque c'est l'organisation de la famille qui nous intéresse nous nous bornerons à la seule famille vraiment constituée comme groupe et comme société : la famille légitime. En effet, en dépit des lois récentes qui tendent à organiser à côté d'elle une famille naturelle garantie au même titre par la loi, on peut considérer qu'aujourd'hui encore les règles de droit qui régissent la famille naturelle visent plutôt la protection individuelle de personnes placées dans une situation irrégulière que la constitution d'une véritable société

familiale. Nous nous abstiendrons par conséquent d'aborder dans ces pages les problèmes délicats et d'une nature toute spéciale que soulèverait une pareille étude.

L'organisation de la famille légitime repose sur un double lien et une double autorité : un double lien d'abord, le lien conjugal unissant les époux dans l'œuvre de la génération et dans une communauté de vie, — le lien de filiation rattachant les enfants à leurs auteurs, ce dernier constituant un fait naturel qui, sauf en ce qui concerne la preuve, échappe à toute réglementation. A chacun de ces liens correspond une autorité : autorité maritale exercée par l'homme sur la femme, autorité paternelle exercée par les parents sur les enfants. En outre au profit des membres de la famille, et en dehors même de son rayon subsistent des obligations et des droits relatifs à la mutuelle assistance que l'on se doit entre parents et des droits éventuels à l'héritage que chacun peut laisser à son décès.

Tel est donc l'ordre dans lequel nous conduirons nos études : lien conjugal ; rapports entre époux ; autorité paternelle ; prolongement au-delà de la famille des droits et des devoirs familiaux.

CHAPITRE Ier

Les Sources de notre Législation familiale

Notre législation familiale, si différente qu'elle paraisse au premier abord de celle de l'ancien droit, le suit en réalité d'assez près, et reste beaucoup plus traditionnaliste que ne tendrait à le faire croire un examen superficiel. Par les larges emprunts qu'a faits le Code aux règles du droit écrit et surtout aux dispositions coutumières, il se rattache par une filiation ininterrompue au droit romain et au droit germanique, et l'influence chrétienne, qui contribua si puissamment à adoucir, puis à amalgamer ces deux droits, s'y fait visiblement sentir. Il n'est donc pas inutile qu'avant d'étudier dans notre droit la conception de la famille, nous nous remémorions, dans leurs grandes lignes, les principes qui avaient présidé dans les législations précédentes à son organisation.

I. — *La Famille primitive*

Mais antérieurement au droit romain et aux coutumes germaniques y a-t-il eu des législations ou des

mœurs qui aient influencé notre conception juridique? C'est peu probable. Il ne semble pas, notamment, qu'il soit resté quelque chose des lois celtes et gauloises, du reste fort mal connues aujourd'hui encore, et la double invasion franque et romaine, qui mêla ses flots en Gaule, semble avoir effacé jusqu'aux souvenirs des institutions primitives de notre pays.

Il importe cependant de noter que Romains et Germains ne sont que deux rameaux du même arbre, deux peuples issus de la même race : la race indo-aryenne, et que, avant la fondation de Rome et avant que les tribus germaines se fussent constituées dans l'état où Tacite en a tracé un tableau trop flatteur, les Aryens avaient des coutumes familiales qui ont certainement influencé les droits romain et germanique. Quelles étaient ces coutumes? Quelles furent les grandes lignes de l'organisation familiale? C'est ce qu'il est assez malaisé de dire au milieu des sérieuses divergences que nous constatons entre les auteurs ayant abordé ces études.

On peut cependant affirmer, semble-t-il, l'existence d'un double élément, l'un spirituel : le culte des ancêtres—l'autre matériel : la propriété collective, à la base de la famille aryenne.

« L'élément type de la société aryenne, dit Starcke, est le groupe de famille,..... c'est-à-dire une agglomération de personnes vivant sous le même toit, possédant la terre en collectivité et honorant le même ancêtre commun. (1) » Le culte des ancêtres est peut-être la coutume la plus an-

1. La famille primitive, p. 95.

cienne et la plus persistante que l'on relève à divers degrés chez les races aryennes, Romains, Hellènes ou Germains ; l'usage du feu sacré chez les Grecs, à Rome, en Orient, et l'association étroite qui lie l'entretien de ce feu au nom de l'ancêtre et à la vénération qui entoure sa mémoire, en sont une preuve certaine ; presque partout l'on retrouve chez ces peuples sous des formes multiples le rite de l'offrande faite aux morts par leurs descendants.

Faut-il expliquer ce culte en disant qu'il y avait chez les Aryens une véritable adoration du principe mystérieux de la génération, et peut-on dire avec certains auteurs que dans leur croyance le pouvoir générateur résidait exclusivement dans le père ? Certains passages des Védas sembleraient l'autoriser. D'autre part une telle croyance paraît quelque peu contradictoire avec une institution dont l'existence n'est plus sérieusement contestée aujourd'hui, mais dont l'étendue, le rôle historique et l'importance fournissent encore l'objet de nombreuses controverses scientifiques : nous avons nommé le matriarcat.

Le matriarcat, c'est-à-dire la famille caractérisée par le rôle exclusif ou prépondérant de la mère, a-t-il été une phase générale de l'évolution de la famille, ou du moins une étape nécessaire entre une promiscuité primitive et l'organisation d'un groupe familial qui devait plus tard passer par la période patriarcale avant d'arriver à la période individualiste actuelle ? Ou bien ne fût-ce qu'une institution limitée à quelques races, à quelques pays, conditionnée par les occupations professionnelles des hommes de la tribu ?

Ce sont là tout autant de questions d'un intérêt trop lointain dans l'ensemble de notre sujet pour que nous en abordions l'étude, et que leur difficulté, d'ailleurs, ne permet pas de traiter utilement dans un examen sommaire de quelques lignes.

Ce qui est par contre établi, c'est que des traces bien nettes de matriarcat persistèrent assez longtemps chez les Celtes, les Irlandais, les Grecs, les anciennes tribus germaines. La coutume, qui existait autrefois chez ces derniers, de faire reconnaître le nouveau-né par le mari, tenu de payer le droit de patronage de sa femme, les droits tout particuliers de la famille maternelle que nous aurons l'occasion de signaler dans l'étude de la famille germaine, l'importance attachée dans divers écrits de l'Antiquité, et notamment dans les poèmes d'Homère et les tragédies d'Eschyle à la parenté utérine, les différences établies par la législation athénienne entre les mariages de frères et sœurs consanguins, et ceux entre frères et sœurs utérins, ces derniers seuls étant frappés des peines de l'inceste, ne permettent guère de doute à cet égard.

A une époque où l'on était loin d'admettre une supériorité native de la femme, le matriarcat, qu'il fût général ou localisé, ne pouvait résulter que d'une certaine inorganisation de la famille. La femme n'était maîtresse au foyer que par l'absence du père, que son inconstance amoureuse ou ses occupations de chasse et de guerre éloignaient de la maison. Aussi le lien conjugal était-il à cette époque très fragile et très imparfaitement organisé. Ici la polyandrie, comme à Sparte, là la polygamie comme en Germanie, ici

encore le divorce largement pratiqué comme à Athènes lui enlevaient la fixité et la noblesse qui lui eussent permis de devenir la base de la famille. C'est dans la filiation maternelle dans les pays ou aux époques de matriarcat, dans la puissance paternelle dans les pays ou aux époques de patriarcat qu'il faut chercher cette base.

La puissance paternelle, qui réside dans les familles patriarcales chez l'homme le plus âgé de la branche aînée, pèse sur la femme ou les femmes, et sur les enfants quel que soit leur âge et leur sexe. On aurait tort cependant de considérer cette autorité comme despotique. De bonne heure elle fut limitée par la coutume ; elle recevait du reste une autre limitation du fait de l'intervention assez fréquente de la parenté, qui, sous forme de conseil de famille, était consultée pour les décisions les plus importantes. Et l'autorité paternelle dans toute sa rigueur, telle que nous la trouverons plus tard chez les Romains, constitue, comme en témoigne la célèbre phrase de Gaïus, une singularité et non une règle générale. La place plus considérable prise chez eux par les idées religieuses, — d'autre part, l'unité de direction nécessaire au travail agricole auquel ils se livraient sur le champ familial, fortifièrent à Rome la puissance paternelle et donnèrent à la famille une organisation monarchique, tandis que chez les Germains, les occupations de la chasse, les migrations fréquentes, la multiplicité des guerres privées tendaient à constituer la famille avec une physionomie toute différente.

II. — *La Famille dans l'ancien droit romain.*

La famille romaine, dans le premier état du droit, nous apparaît comme un groupement artificiel ne reposant essentiellement ni sur la génération, ni sur l'affection naturelle, mais empruntant une remarquable unité, une cohésion toute particulière à son triple caractère, d'association religieuse basée sur le culte des ancêtres et des dieux lares, d'organisation communiste fondée sur le droit de propriété du chef, enfin d'entité politique indépendante d'autant plus forte que les pouvoirs publics inorganisés n'ont encore qu'une faible part d'autorité. Dès lors, le chef de famille jouit, comme pontife du culte familial, comme propriétaire des biens et des personnes composant la famille, comme chef et comme juge enfin, d'un pouvoir despotique absolu : il commande en roi. Nulle disposition légale ne tempère sa puissance ; le caractère sacré qui s'attache à la famille accroit sa dignité ; aussi sa situation est-elle enviée, et le célibat, qui en prive, est considéré comme un malheur.

Le lien conjugal, tel que nous le comprenons aujourd'hui, n'existe pour ainsi dire pas. La femme qui n'est pas *in manu mariti* reste comme étrangère au culte familial ; elle ne participe pas aux sacrifices offerts aux ancêtres, elle n'est pas élevée au rang social du mari, le mariage n'est pas pour elle la « *divini juris et humani communicatio.* » La *manus* par contre produit bien ces effets ; elle fait entrer la femme dans la famille, mais *loco filiæ* , comme esclave ; l'époux a sur elle un pouvoir qui exclut toute idée d'association (1).

1. L'idée de l'association est restée inconnue au monde romain ;

La prééminence religieuse de l'homme entraîne alors à son profit un véritable droit de propriété sur la personne de sa femme ; non-seulement il peut exercer sur elle un droit de correction très étendu ; non-seulement il peut seul rompre le lien conjugal par une répudiation unilatérale, mais il peut même céder ou vendre sa femme. A plus forte raison celle-ci n'a-t-elle aucune indépendance pour l'administration de ses biens : tous appartiennent au mari. En cas d'adultère, la femme, beaucoup plus sévèrement frappée que l'homme, peut être punie de mort par les tribunaux de famille : surprise en flagrant délit elle peut être impunément tuée par le mari offensé.

Il est vrai de dire que cette dure législation était singulièrement adoucie par les mœurs et l'esprit religieux des premiers Romains. La religion, exclusivement et égoïstement familiale, exerce, au moins à l'intérieur de la famille, une influence moralisatrice des plus heureuses ; elle consolide le lien conjugal ; l'excommunication du pontife, la note du censeur atteindraient le mari qui divorcerait sans justes motifs. Les mœurs, d'autre part, reconnaissent à la *domina* des pouvoirs domestiques assez étendus, elle est respectée et honorée. Mais, égale en dignité à son mari, elle n'a aucun droit à l'autorité et reste toujours considérée comme une mineure.

Le formalisme le plus étroit préside à la formation de ce lien conjugal ; les *justæ nuptiæ*, qui seules peuvent réaliser la participation de la femme au culte familial, ne sont permi-

ce fut un bienfait que l'élément germanique et l'Eglise chrétienne apportèrent à la civilisation. Kœnigswarter. Histoire de l'organisation de la famille en France, p. 79.

t

ses qu'entre personnes jouissant d'un *jus connubii* strictement réglementé. En dehors de ces règles on ne peut contracter que des unions inférieures qui ne donnent pas naissance à la famille légitime.

Nous retrouvons le même formalisme, et plus accentué encore, dans la façon dont est réglée la composition de la famille. Elle peut comprendre des étrangers introduits de par la volonté du père, par la cérémonie religieuse de l'adoption. Par contre, la génération n'est pas considérée comme suffisante pour faire entrer dans la famille les enfants conçus des œuvres du père ; le principe que nul ne peut faire partie du groupe familial sans la décision du chef de famille, reste intact même en cette matière; le nouveau-né doit être agréé par le père au moment de sa naissance, et, neuf jours après, une initiation religieuse est nécessaire pour le rendre participant du culte familial. Du reste par une conséquence inverse mais rigoureusement logique du même principe, le père peut faire sortir de la famille les enfants qu'il y a introduits; l'émancipation, la vente même dont il peut user à son gré, lui en fournissent les moyens.

Le père possédait sur ses enfants une puissance si exorbitante que les auteurs romains eux-mêmes la reconnaissent comme une des caractéristiques de leur droit familial. « Il n'existe presque point d'autres hommes, dit Gaius, (1) qui possèdent sur leurs fils un pouvoir pareil à celui que nous avons ». Emanant de son caractère religieux, la puissance paternelle est un droit et une prérogative pour le père, non un pouvoir de protection dans l'intérêt de l'enfant ; dès

(1) Institut. 1, 55.

lors elle est perpétuelle, et la majorité du fils ne l'en affranchit point. Les enfants ne peuvent se marier sans l'autorisation du père, ni fonder du vivant de celui-ci un foyer particulier. Le mariage des filles surtout était à peu près entièrement entre les mains du père et dut avoir pendant longtemps le caractère d'un achat ; la cérémonie symbolique de la *coemptio*, dans laquelle le mari donnait quelques pièces d'argent au moment où on lui remettait sa femme, n'est qu'une survivance de cette forme primitive du mariage. L'autorité paternelle était si forte qu'elle ne le cédait point à l'autorité maritale et l'on vit des pères, abusant de ce droit, contraindre leurs filles au divorce, les remarier et troubler arbitrairement le repos des ménages. Seul juge de ce qui se passait au sein du groupe familial, le père avait légalement droit de vie et de mort sur ses enfants. Enfin, maître absolu des biens et des personnes, il était propriétaire de tout ce qui était acquis ou possédé par les membres de la famille, ceux-ci ne possédaient rien en propre ; il pouvait même vendre ses enfants comme esclaves.

Le caractère religieux que nous avons relevé dans les relations de personnes, s'étend à la propriété familiale et, en lui donnant un caractère sacré, en fait encore pour la famille un principe de cohésion et de continuité, et une assise matérielle d'une grande stabilité. Le domicile est, avant tout, l'enceinte qui abrite les Pénates, le seul lieu où puisse être célébré le culte familial ; là s'élèvent les autels et les tombeaux des ancêtres où, de génération en génération, les descendants viendront servir les repas funèbres. Les champs sont bornés par des termes placés avec des sa-

crifices religieux et qui imposent le respect de la propriété familiale. Nous disons propriété familiale car la propriété individuelle n'existe pas ; la terre et la maison appartiennent collectivement non-seulement aux individus de la génération présente mais encore aux générations disparues et à celles à venir. Le chef de famille, malgré l'étendue de ses pouvoirs, n'en est pour ainsi dire que le dépositaire. Aussi la loi des XII Tables ne permet-elle l'exécution que sur la personne et non sur la terre du débiteur.

L'hérédité est considérée moins comme le déplacement successif de la fortune entre diverses mains, que comme la succession des personnes qui, dépositaires de la fortune familiale, assument avec une continuité parfaite l'entretien du culte : ce n'est pas la propriété, c'est l'homme qui passe ; la propriété reste immobile dans son immuable majesté. Tout le droit successoral de la Rome primitive, ayant à sa base l'idée religieuse de la continuation de la personne du défunt et du culte, repose sur une flagrante inégalité. Les femmes, incapables d'être prêtresses du culte familial, n'héritent pas. A défaut de descendants mâles, les agnats, c'est-à-dire la parenté religieuse, même éloignée, leur sont préférés. Parmi les fils eux-mêmes, un seul, ordinairement l'aîné, hérite de la prééminence ; d'ailleurs, le père, muni du droit de tester qui achève et couronne son omnipotence, fait héritier qui il juge digne et exhérède qui il veut : nulle restriction ne vient entraver l'exercice de ce double droit. Et l'importance de cet acte, par lequel le père se choisit un continuateur et désigne un nouveau pontife du culte familial, est telle que l'on considère comme coupable

d'une fâcheuse insouciance le chef de famille qui meurt intestat.

A défaut d'héritiers siens, c'est la parenté qui hérite et, que ce soit la « *gens* » — dont la nature est encore insuffisamment déterminée, — ou les agnats, nous retrouvons les mêmes caractères de groupement religieux, artificiel et aristocratique. Dès cette époque, il est vrai, les mœurs reconnaissent une influence aux cognats, c'est-à-dire aux parents naturels qui composent le tribunal de famille et en cette qualité interviennent dans les principaux évènements de la vie familiale ; ils président les fiançailles, assistent le jeune homme le jour où il revêt la toge virile, veillent aux intérêts des orphelins et de la femme, assurent et conseillent le chef de famille quand il fait fonction de juge. Mais ce sont là de simples coutumes que la loi ne reconnait ni ne sanctionne.

III. — *Evolution de la législation familiale romaine*

Telle nous apparaît dans sa physionomie primitive la famille romaine, unité forte et cohérente en dépit de son caractère artificiel, grâce à l'idée et à la tradition religieuses qui sont à la base, — au despotisme monarchique du chef, — au formalisme étroit qui préside à sa composition. — Mais bientôt, sous l'influence politique des petites cités de l'Hellade, des théories de la philosophie du Portique, une évolution démocratique se dessine qui, accentuée plus tard par le christianisme, ruine cet édifice aristocratique. Lentement, pièce par pièce, cette solide charpente craque et s'écroule. L'organisation des pouvoirs publics sous la République lui avait fait perdre son caractère d'entité politique ; le déve-

loppement de la propriété individuelle diminue considérablement son rôle économique, l'affaiblissement des idées religieuses achève de lui faire perdre sa cohésion. Les idées d'indépendance et d'égalité se font jour ; le sort de la femme s'améliore ; la loi Julia sanctionne à peu près également pour les deux époux le devoir de fidélité. A la femme comme au mari on reconnaît le droit de demander le divorce, plus tard même celui d'exercer une répudiation unilatérale. D'un lien conjugal tyrannique on tombe, par un excès contraire, dans un lien lâche à l'excès et qu'on dénoue frivolement au gré des caprices et des évènements. L'institution de la dot, d'autre part, donne à la femme une indépendance qu'elle transforme souvent en domination ; et une législation complaisante règlemente tout dans son intérêt le régime matrimonial qui ne profitait autrefois qu'à l'homme.

La puissance paternelle elle-même perd son omnipotence ; le père ne peut plus disposer à son gré de la vie de ses enfants et la loi les protège contre ses rigueurs. L'usage des pécules, en constituant aux fils de petites fortunes privées, leur permet un développement plus libre et plus indépendant de leur personnalité. L'incapacité pour les filles d'être héritières disparaît graduellement ; tandis que le droit de tester du père se trouve limité par la plainte d'inofficiosité d'abord, et ensuite par l'établissement de la légitime qui restreint notablement son droit d'exhérédation. Le principe d'égalité tend à s'établir entre les descendants appelés à une succession.

Nous constatons aussi, tant dans la famille que dans la

parenté, un réveil des sentiments et des affections naturelles qui se substitue au vieux formalisme et au caractère artificiel que nous avons relevé tout à l'heure. Après la *gens* l'agnation tombe à son tour en désuétude pour faire place à la cognation. D'autre part, le concubinat est admis avec des effets plus étendus et les légitimations sont encouragées et facilitées.

Grâce à ces modifications profondes et aux transformations que lui fait subir le développement du christianisme, le caractère du droit romain change du tout au tout. Sans doute, il lui reste de son état primitif une tendance à un pouvoir considérable du père de famille, à la liberté de tester, mais il devient surtout individualiste ; s'inspirant des principes de liberté et d'égalité, il se préoccupe d'assurer le développement et le libre jeu de la personnalité humaine; il fait passer avant l'intérêt de la famille l'indépendance et le droit de l'individu ; et en se rapprochant de l'équité naturelle il devient plus large et plus universel. C'est sous cette forme qu'il va inspirer la législation des pays de droit écrit de l'ancienne France et s'opposer au droit familial coutumier d'origine germanique.

IV. — *La famille germaine*

Si en Germanie, en effet, nous trouvons comme à Rome une famille patriarcale, se suffisant à elle-même en l'absence de pouvoirs publics organisés, tout autre cependant nous apparaît le caractère de cette famille ; ce n'est plus ici la collectivité artificielle groupée autour de l'idée religieuse et

dominée par le despotisme monarchique du chef maître et propriétaire des autres membres, — mais au contraire un groupe naturel basé sur les liens du sang (1), association de guerriers égaux, ayant pour base l'assistance mutuelle et la protection des faibles contre la violence, où l'autorité du chef, tutélaire et non plus despotique, s'étend sur des individus *sui juris*, en possession de leurs droits, où une ingénieuse hiérarchie se préoccupe, sans opprimer les individus, d'organiser harmonieusement le développement de leurs personnalités, pour les faire concourir à l'intérêt social de la communauté familiale.

La sainteté du mariage germain a été célébrée par Tacite. « La femme, a-t-il dit, se marie vierge ; elle se donne une fois et pour toujours. » Il est difficile de ne pas taxer d'exagération cette appréciation si élogieuse, lorsque nous savons, d'une part que le mari avait droit de répudiation, d'autre part que le divorce par consentement mutuel était toléré, et le concubinat admis. Celui-ci, il est vrai, n'avait point d'effet légal : le bâtard n'était point sous l'autorité du père, ne faisait pas partie de la famille ; il ne pouvait ni hériter, ni transmettre.

Ce qui est probable, c'est que primitivement le mariage eut lieu, comme à Rome, par achat, ou du moins que le mari versait une dot qui était le prix du *mundium* ou pouvoir qu'il acquérait sur la femme. Ce pouvoir était exercé non

(1) Heuzler soutient l'opinion contraire : « La famille des anciens germains n'est point l'union de personnes liées exclusivement par le fait du mariage et l'unité de sang mais une communauté d'individus vivant sous le même toit. » *Die institutionen des Deustchen Rechts. VII.*

pas dans l'intérêt du mari mais dans celui de la femme ; les Germains paraissent avoir compris que la femme est moralement l'égale de l'homme, et que si sa faiblesse physique, surtout dans un peuple guerrier et constamment en luttes, l'obligeait à se soumettre à une domination protectrice, elle ne la plaçait pas dans un état d'infériorité véritable. Aussi l'autorité maritale qui pesait sur elle, beaucoup moins absolue que la *patria potestas* constituait surtout pour le mari un moyen de la protéger efficacement, de la venger lorsqu'elle était insultée, ou de recevoir une composition pour les délits commis sur elle.

Ce qui contribuait aussi à adoucir et atténuer l'exercice de cette autorité qui pouvait aller en principe jusqu'au droit de vie et de mort, c'est que la puissance domestique n'était pas tout entière entre les mains du mari : les proches de la famille de la femme gardaient sur elle un droit de surveillance ; le père, l'oncle maternel, dont les droits égalaient presque ceux du père, pouvaient intervenir si la femme était brutalisée ; et cette division de la puissance, en empêchant les abus, constituait pour la femme une précieuse sauvegarde. D'ailleurs, la femme était particulièrement honorée chez les Germains, et nous trouvons une preuve de cette considération dont on l'entourait dans d'anciennes lois qui exigeaient pour le meurtre d'une femme une composition plus forte que pour celui d'un chef. L'infidélité des deux époux était punie ; la femme subissait un châtiment plus déshonorant que cruel : elle était promenée nue à travers la bourgade ; le mari se voyait demander par les parents de la femme une composition pécuniaire.

Quant au régime matrimonial, la femme était sensiblement mieux traitée qu'à Rome ; elle avait une petite fortune personnelle ; la dot qui lui était versée par le mari lui restait à la mort de ce dernier sous le nom de douaire. Il était aussi d'usage que l'époux versât à la femme au moment du mariage divers présents : « *l'oscle* », le « *morgengabe* ». Sans doute le mari était administrateur de ces biens, mais lorsque son administration semblait compromettre les intérêts de la femme, les parents de cette dernière pouvaient intervenir pour faire prononcer une sorte de séparation de biens.

Comme l'autorité maritale, la puissance paternelle semble bien avoir été une autorité tutélaire exercée dans l'intérêt des enfants pour protéger leur faiblesse contre les périls de la guerre ; en tous cas elle n'est que temporaire ; quand les fils ont contracté mariage ou atteint l'âge de leur majorité qui varie de 12 à 20 ans, ils sont censés pouvoir se suffire à eux-mêmes. Désormais égaux au père ils deviennent leurs maîtres ; pour briser les liens qui les attachent à la famille, ils n'ont qu'à rompre des deux mains le faisceau symbolique ou à franchir d'un bond la clôture du champ paternel et les voilà libres et indépendants. Pendant sa durée l'autorité paternelle est divisée entre le père et la mère et cette dernière assume d'une façon toute spéciale la garde et l'éducation des plus jeunes. Le droit du père sur la personne de ses enfants ou « *mundium* » est complété par le droit qu'il a sur leurs biens ou « *gewer* ».

Mais c'est surtout en matière successorale que se révèle l'opposition entre le droit familial romain et le droit fami-

lial germanique. Sans doute, nous nous trouvons encore en face d'une propriété collective de la famille, car le patrimoine conquis par les armes de tous doit appartenir à tous ; mais ce n'est plus le *condominium* romain ; nous sommes à un état intermédiaire qui n'est plus le communisme mais qui n'est pas encore la propriété individuelle ; le chef possède bien, mais de son vivant déjà le droit éventuel de chacun à la succession est né; aussi peut-on dire que, lorsque le décès survient, « le mort saisit le vif ». Le testament, en effet, n'est pas admis : la succession est réglée par les coutumes. Au lieu de l'arbitraire du *pater familias*, nous trouvons une dévolution fixe s'opérant par parentèles, c'est-à-dire par degrés de parentés formant autour du *de cujus* comme autant de cercles concentriques. Au lieu de l'unité romaine du patrimoine, une division fondamentale entre biens propres provenant des générations antérieures et destinés à rester dans la famille et conquêts acquis par le travail ou les armes du défunt, chacune de ces catégories étant soumise à des régles particulières qui s'inspirent de l'intérêt de la communauté familiale. Enfin, les droits successoraux de la femme peuvent aussi être considérés comme une des caractéristiques du droit germanique : la mère est préférée aux frères et aux sœurs dans les successions de meubles : la veuve conserve l'usufruit de sa dot dont la nue-propriété va aux enfants ; elle a droit à la reprise du « *morgengabe* » et des biens apportés de la maison paternelle.

Le rôle de la parenté est particulièrement important dans la famille germaine et les liens du sang y produisent des effets plus énergiques encore qu'à Rome. D'une façon géné-

rale, tous ceux chez qui une infirmité naturelle a entraîné une incapacité de porter les armes sont, à défaut de leurs père et mère, sous la protection et la garde de leurs proches de la famille paternelle : femmes, enfants, vieillards, invalides sont soumis à cette tutelle. Ce sont encore les parents, l'oncle maternel surtout, qui assistent la femme dans les actes juridiques qu'elle doit accomplir, qui veillent à ce qu'elle soit honorée et respectée à son foyer. Lorsque la femme est devenue veuve, ce sont les parents du mari qui ont autorité sur elle; elle doit recourir à leurs conseils, et a besoin de leur autorisation pour se remarier.

Ainsi c'est par un enchaînement compliqué de dispositions que le droit germanique atteint son but dans l'organisation de la famille : par la combinaison et la multiplicité des autorités il assure la protection de ses divers membres, sans les opprimer ; par la diversité et l'ingénieux agencement de ses lois successorales, la conservation des biens dans la famille et sa puissance économique. Lorsque le droit romain, ayant achevé son évolution vers l'individualisme, prendra ce caractère universel qui en a assuré la diffusion, le droit familial germanique demeurera avec ce caractère communautaire et quelque peu particulariste que nous venons de signaler.

V. — *La Famille et le Christianisme*

Cette divergence nettement accusée, que nous constatons entre les deux droits, va tendre à s'atténuer lorsque les invasions germaines procédant tantôt par infiltrations len-

tes, tantôt par pénétrations brusques des masses guerrières, auront mêlé sur le sol de la Gaule aux Romains et Gallo-Romains les peuples francs et wisigoths. Ces peuples se montrent toutefois plus rebelles à l'assimilation que les Gaulois, et, conservant leurs coutumes et leurs mœurs, ils amènent par leur résistance une juxtaposition des droits divers, dont le double travail de codification des lois romaines et des lois barbares, qui se fait à cette époque, nous apporte la preuve. Mais une puissance morale considérable va agir sur ces deux législations, en adoucir les dispositions, les rapprocher de l'équité, et, une fois modifiées ainsi, en faciliter l'amalgame jusqu'à ce que la loi, ayant perdu le caractère personnel qu'elle affectait au début, ait revêtu le caractère territorial. Cette puissance morale, cette force sociale, c'est le christianisme.

La doctrine du Christ apporte des principes nouveaux et une morale en opposition formelle avec la morale du paganisme. Tandis que celle-ci, lâche à l'excès, se basait sur la satisfaction des sens et des passions, ou tout au moins sur la recherche du bonheur terrestre, le christianisme montre très haut au-dessus des biens du monde un idéal à atteindre, une loi morale à accomplir. Pour assurer le plein épanouissement de la personne morale, sa libre orientation vers ce but, les anciens despotismes doivent tomber ; — certes la solidarité familiale peut être considérée du point de vue chrétien comme une chose excellente, comme une force sociale à respecter et à conserver, mais cette union nécessaire sera demandée plus à l'amour qu'à l'autorité et désormais l'on ne pourra plus, au nom de l'intérêt de la

famille, opprimer l'individu (1). Car l'individu est, en un certain sens, une fin en soi, et la famille n'est qu'un moyen dont il se sert pour se perfectionner, pour réaliser plus entièrement en lui le type idéal de l'homme.

Dès lors le mariage n'est plus admis comme un mode honnête de satisfaction des instincts de chacun, pas même comme un moyen de se procurer le bonheur à deux, mais avant tout comme donnant à l'enfant, avec la vie physique, le milieu le plus propre à son éducation religieuse et morale, et, en outre, comme réalisant entre époux une aide mutuelle pour l'accomplissement du devoir. A la famille antique procréant les enfants dans l'intérêt et pour la satisfaction du père et par conséquent tournée vers le passé, le christianisme substitue la famille travaillant pour la formation morale et physique de l'enfant et par conséquent orientée vers l'avenir. Le christianisme, qui a exalté la chasteté, veut bannir autant que possible du mariage l'idée charnelle considérée comme fin. Les rapports conjugaux ne sont regardés comme licites qu'autant qu'ils ont pour but la procréation des enfants, — et, somme toute, le mariage est envisagé comme un état plutôt imparfait, imperfection du reste socialement nécessaire.

Est-ce qu'en présence de cette conception le mariage va perdre de sa dignité. Bien au contraire ! Le christianisme l'idéalise et l'épure. Il en fait un sacrement : il déclare indissoluble du vivant des deux époux le lien par eux con-

1. La loi de l'Evangile brise le despotisme domestique et recompose l'unité de la famille en liant tous ses membres par des devoirs mutuels. (P. Gide, Condition privée de la femme p. 172).

tracté, et telle est la force de ce principe que les seconds mariages même sont vus avec quelque défaveur ; du moment en effet que la poursuite du bonheur n'est pas le but essentiel du mariage, on ne peut prétexter, pour rompre le lien matrimonial, les déceptions, les ennuis, les souffrances même éprouvés dans la vie commune : si le mal est trop aigu, la crise trop forte, une séparation de fait est seule permise ; quant au divorce, frappé de peines rigoureuses, il est absolument proscrit.

L'indissolubilité du mariage relève et ennoblit singulièrement la condition de la femme, qui, tantôt asservie à un dur esclavage, tantôt abandonnée à une licence effrénée, était considérée par les anciens comme une créature d'ordre inférieur. Mais le christianisme fait plus encore pour elle : il proclame l'égalité des sexes dans la dignité des personnes et dans la vocation des âmes. Sans doute il reconnaît le mari comme chef naturel de la famille, et nous trouvons l'expression de cette doctrine dans la parole de saint Paul demandant que « comme l'Eglise est soumise au Christ, ainsi les femmes soient soumises en tout à leur mari » ; mais pour rétablir l'égalité il rappelle aussitôt à l'homme les devoirs qui lui incombent : « Maris aimez vos femmes comme le Christ a aimé son Eglise en sacrifiant sa vie pour elle » (1). Et nous trouvons dans l'Evangile cette parole qui semble renverser les données admises : « L'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme ». Les deux époux dans la conception chrétienne

1. Epitre aux Ephésiens. v. 22 et 25.

s'appartiennent mutuellement (1). Un des deux vient-il à manquer au devoir de fidélité, la sévérité de la doctrine devant la faute est la même quel que soit le coupable : « Chez nous, ce que l'on défend aux femmes, on ne le permet point aux hommes », dit saint Jérôme ; et l'on dénie au mari le droit de mettre à mort sa femme adultère.

Cette influence favorable à la femme se traduit encore par une tendance marquée à l'associer à l'exercice de l'autorité paternelle, tendance qui influence heureusement plusieurs constitutions impériales du Bas-Empire.

Quant à l'autorité paternelle, si le christianisme la fortifie en rappelant sans cesse aux enfants les devoirs d'amour et de respect contenus dans le quatrième commandement de Dieu, il la dépouille de tout caractère égoïste (2). Il la fonde sur l'amour et non plus sur la force, et lui donne comme but l'intérêt des enfants ; et saint Paul l'exprime avec une énergie singulière en disant : « Ce n'est pas aux enfants à amasser du bien pour leurs pères, mais c'est aux pères à en amasser pour leurs enfants » (3). Toujours dans

1. La femme n'a pas son propre corps en sa puissance ; mais il est en celle du mari ; et le mari de même n'a pas en sa puissance son propre corps mais il est en celle de la femme. (S. Paul. 1re Ep. aux Corinthiens. VII. 4.)

2. « Il serait d'un haut intérêt de mieux apprécier qu'on ne l'a fait encore comment le catholicisme, tout en consacrant de la manière la plus solennelle l'autorité paternelle a totalement aboli le despotisme presque absolu qui la caractérisait chez les anciens. » (Auguste Comte. Cours de philosophie positive. Lec. LIV t. V. p. 352. 5e édition).

3. 2e Ep. aux Corinthiens. XII. 14.

l'intérêt des enfants, il appelle la collaboration intime des époux dans l'éducation, en donnant à la mère sur eux et envers eux les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'au père. Par une innovation remarquable, le droit canonique limite en matière de mariage le pouvoir du père de famille « pour que la juste liberté des fils et des filles qui veulent se marier ne fût en rien diminuée. » (1) Au lieu d'être, comme dans la cité antique, un esclave ou du moins un sujet, n'ayant de valeur que par les services qu'il peut rendre ou les joies qu'il peut procurer, l'enfant dans la conception chrétienne de la famille devient la véritable fin du mariage, le centre et le but des dévoûments que l'union conjugale a indissolublement unis pour les faire converger vers lui.

Dans l'ordre successoral l'influence chrétienne s'exerce dans le sens de l'égalité. Sans doute l'Eglise se montre favorable au testament dans lequel elle considère un moyen de s'acquitter du devoir de charité insuffisamment accompli durant la vie ; mais elle admet l'égalité des enfants, elle inspire la formule que l'on trouve au début des anciens testaments consacrant ce principe : « tous les enfants ayant été également donnés par le Seigneur... » Enfin elle tend à faire de la femme une héritière et à la mettre à cet égard sur le même pied que l'homme.

Cette influence de la conception chrétienne de la famille se fait sentir avec une force toute particulière, lorsqu'après plusieurs siècles de persécutions la conversion de Constantin ouvre l'ère des empereurs chrétiens. Une réaction

1. Léon XIII. Encyclique Arcanum.

s'opère aussitôt dans la législation contre la décadence des mœurs : le divorce n'est permis que dans des cas strictement limités, l'adultère est plus sévèrement puni : dans son ardeur de néophyte, Constantin va jusqu'à édicter des peines contre les seconds mariages. Des transformations analogues s'opèrent dans les lois franques, burgondes et wisigothes, au fur et à mesure que la prédication de l'Evangile en Gaule fait prédominer dans la société barbare les préceptes de la morale chrétienne.

Au VI^e^ siècle, l'Eglise seule société constituée, fortifiée de l'appui du pouvoir royal depuis la conversion de Clovis, est toute puissante au point de vue social. L'extension progressive de son pouvoir de juridiction lui permet de légiférer directement dans ses conciles sur nombre des points qui touchent à la famille et notamment en matière matrimoniale, et pour tout ce qui s'y rattache : fiançailles, séparation de corps, légitimité des enfants. Au cours de cette période chaotique qui marque le passage de la personnalité à la territorialité des lois, le droit canonique acquiert une importance sans cesse grandissante jusqu'au XII^e^ siècle et ses décisions mettent un peu d'unité dans les diverses législations qui règlent la matière du droit familial.

VI. — *La Famille dans l'Ancien Droit Français*

A ce moment la Renaissance en mettant à nouveau en honneur l'étude du droit romain lui a fait regagner un peu du terrain perdu et la France se trouve divisée, selon les

dosages d'influences juridiques suivant lesquels s'est fait l'amalgame, en pays de droit écrit où le droit romain, tel qu'il se trouve dans les compilations de Justinien, garde une influence prédominante, et en pays de droit coutumier où les coutumes, pour la plupart d'origines germaniques, plus ou moins faiblement modifiées par le droit romain, sont encore en vigueur. A travers les différences qui séparent ces deux droits on reconnait les divergences que nous avons signalées entre les antiques conceptions, germanique et romaine, de la famille. D'une façon générale l'on peut dire que l'ancien droit français cherche à concilier dans la famille d'une part le respect nécessaire de l'individualité de chacun, d'autre part le principe d'unité, mais avec une tendance très marquée, dans le droit coutumier surtout, à faire prévaloir ce dernier principe. Cependant, du progrès des idées et de la civilisation chrétienne, il reste une atténuation sensible de cette autorité, qui profite moins exclusivement qu'autrefois au chef et s'oriente davantage vers la satisfaction des intérêts des membres de la famille.

Le lien conjugal apparaît, dans toute la France, avec le caractère religieux que lui a imprimé la juridiction ecclésiastique. Le mariage est, avant tout et essentiellement, un sacrement, et, comme tel, regardé comme engendrant un lien indissoluble. Ce n'est que vers la fin de l'Ancien Régime que les légistes royaux, désireux d'étendre le domaine de la juridiction civile, essaieront une subtile distinction entre le sacrement et le contrat. Le divorce est impossible ; seule la séparation de corps est autorisée.

Quant aux conséquences qui résultent du mariage pour

les rapports entre époux, elles diffèrent suivant les pays. Nous trouvons dans les pays de coutume une autorité maritale très étendue, allant jusqu'au droit de correction : « Tout mari peut battre sa femme quand elle ne veut pas obéir à son commandement... pourvu que ce soit modérément et sans que mort s'ensuive » (1) ; et cette puissance maritale est si caractéristique de pays de coutume que Gide la qualifie (2) d'institution sortie des sources mêmes du droit germanique. La femme est frappée d'incapacité du jour de son mariage et se trouve de ce jour sous la tutelle de son mari ; à ce dernier seul appartient le droit de faire tomber les actes de sa femme ; comme dans l'ancien droit germanique, c'est à lui qu'incombe la responsabilité des délits commis par elle. Il y a donc bien union, mais au profit de l'homme et au détriment de la femme.

Dans les pays de droit écrit, au contraire, la femme bénéficie de cette émancipation féminine que nous avons vue se produire dans le dernier état du droit romain. Là, pas d'autorité maritale, pas d'incapacité : la femme jouit d'une personnalité civile à peu près complète et restreinte seulement au point de vue de l'exercice des actions en justice.

Les régimes matrimoniaux se ressentent de cette différence. En droit coutumier le régime de communauté est la règle, associant plus complètement les deux époux dans leurs intérêts matériels, mais aussi consacrant la prédominance des droits du mari, seigneur et maître de la communauté. Il est vrai que de nombreuses compensations édic-

1. Code Beaumanoir. I. LVII.
2. Op. cit. p. 1364.

tées en faveur de la femme rétablissent à son profit l'égalité: elle peut demander la séparation de biens, renoncer à la communauté ; elle jouit d'une hypothèque sur les biens de son mari et à sa mort conserve le douaire. Autant de restrictions à l'omnipotence du mari, limitée d'autre part quant à l'administration des immeubles qu'il ne peut vendre qu'avec l'autorisation de sa femme. En fait, d'ailleurs, ce régime de communauté eut pour résultat d'amener une collaboration intime de l'homme et de la femme dans l'administration des biens communs.

Le régime dotal en usage dans les pays de droit écrit, par une conséquence logique du caractère plus lâche du lien conjugal, n'associait pas mari et femme dans une communauté d'intérêts pécuniaires. La dot de la femme formait un patrimoine séparé, garanti par une clause d'inaliénabilité ; il est vrai que cette mesure de sauvegarde des intérêts de la femme n'empêchait pas le mari d'administrer les biens dotaux avec des pouvoirs très étendus — et il semble bien, somme toute, que le régime de communauté établissait entre les époux plus d'égalité réelle que le système du droit écrit. Aussi la communauté avait pénétré dans les pays de droit écrit, où elle était stipulée tantôt généralement, tantôt d'une façon partielle.

L'autorité paternelle, sensiblement adoucie en droit coutumier, apparaît avec le caractère tutélaire que nous avons noté dans les coutumes germaines. Cette protection s'affaiblit graduellement lorsque le développement de l'enfant la rend moins nécessaire, et les deux majorités, du moindre âge à douze ou quinze ans, du plein âge à vingt-un ans, l'en

affranchissent peu à peu. Enfin les filles à vingt-cinq ans, les fils à trente ans retrouvent leur pleine capacité et peuvent se marier sans avoir à obtenir le consentement des parents. Si la mort prématurée du père vient priver sa descendance de la protection paternelle, c'est la mère qui en assume la charge et qui exerce cette autorité, qu'elle partageait du reste avec son mari du vivant de ce dernier. Si nous ajoutons que les parents n'ont pas de droit d'usufruit sur les biens de leurs enfants, on verra que l'autorité paternelle, sagement réduite à ces limites, ne présente aucun caractère despotique et qu'il est vrai de dire, avec l'ancien dicton, que dans les pays de coutumes « Puissance paternelle n'a lieu ».

Nous retrouvons par contre cette puissance dans les pays de droit écrit avec la même force que dans le droit de Justinien. Là, le père est encore roi dans la famille : Le fils n'acquiert que par l'émancipation une pleine indépendance ; jusque là l'obéissance et l'incapacité forment son lot ; il ne peut ni tester ni emprunter, ni s'obliger valablement ; il ne possède en propre que le fruit de son travail personnel.

Les pouvoirs du père tant dans les pays de droit écrit que dans ceux de coutumes furent considérablement accrus par la monarchie absolue qui, désireuse d'introduire dans la nation le respect de l'autorité, crut devoir au préalable en renforcer le principe dans la famille (1). Des règles sévères

1. La naturelle révérence des enfants envers les parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leurs souverains. (Déclaration du 6 nov. 1639).

furent édictées, que les Parlements appliquèrent avec une rigoureuse et barbare exactitude : le droit de correction fut notablement augmenté, l'autorisation au mariage exigée à tout âge sous peine d'exhérédation ; le rapt et la séduction furent punis de mort.

Dans l'ordre successoral nous retrouvons entre les deux droits les divergences que nous avons signalées entre les droits romain et germanique.

Les coutumes établissent un régime dont les complications multiples tendent à sauvegarder la force et l'unité économique du groupe familial. C'est la loi qui règle tout ; le père n'est que l'administrateur délégué ; son droit de tester, dont l'exercice pourrait troubler l'ordre voulu par la loi, est considérablement réduit ; pour les biens « propres » dont les coutumes assurent spécialement la conservation dans la famille, il ne peut porter que sur un cinquième. Le droit de succession, en effet, n'est pas basé sur la présomption d'affection du défunt, mais sur l'intérêt de la famille. La distinction entre les biens propres ou familiaux et les conquêts, — la règle « paterna paternis, materna maternis » qui s'oppose à ce que les alliances fassent sortir les « propres » des familles, — le jeu des retraits et des substitutions —, l'exclusion des filles dotées, — enfin l'institution du droit d'aînesse pour la dévolution des fiefs, — autant de règles qui visent à empêcher le morcellement et la division de la fortune, à maintenir dans les familles cet élément de continuité et de stabilité qu'est l'héritage transmis par les générations antérieures. Jusqu'au XIII^e^ siècle on retrouve même un souvenir

de l'antique copropriété familiale dans l'autorisation de la famille exigée pour que le propriétaire pût valablement aliéner son héritage, — et plus tard dans le retrait successoral qui remplaça cette institution.

Dans les pays de droit écrit, au contraire, c'est le système d'une élégante simplicité légué par le droit romain ; la volonté du père de famille à peine restreinte par la légitime, toute puissante pour le choix et l'institution de son héritier ; à défaut du testament, le partage égal entre les enfants et la règle de l'unité de patrimoine dominant toute la matière. Nous retrouvons là les deux caractères du droit romain : puissance paternelle fortement organisée, — égalité des droits des individus, et par suite, absence d'organisation tendant à la conservation des biens.

VII. — *La Famille dans le Droit intermédiaire*

Ces principes divers vont subir des transformations profondes dans la tourmente révolutionnaire qui, avant d'aboutir à l'œuvre définitive du Code civil, s'acharne à détruire la famille de l'Ancien Régime et à instaurer de toutes pièces un droit plus en harmonie avec les principes de 89. Le Code civil de la Convention, qui marque le point culminant de cet effort audacieux de rénovation juridique, se réfère sans doute fréquemment tantôt au droit écrit et tantôt au droit coutumier en ce qu'il a de plus hardi ; mais composé par des hommes passionnément épris de liberté et d'égalité, il rompt, pour se conformer à ces tendances nouvelles, avec tout ce qui, dans l'ancien droit, leur portait atteinte.

Tout ce qui établissait au profit d'une classe l'ombre d'un privilège, tout ce qui semblait restreindre l'indépendance de l'individu, tout ce qui paraissait gêner la diffusion et la circulation des richesses et s'opposer au nivellement des fortunes, est condamné.

En opposition non seulement avec les errements de l'époque qu'elle voulait précisément réformer, mais encore parfois avec les règles les plus essentielles de la constitution de la famille, inspirée par l'idée bien arrêtée de ne pas mettre la force de l'Etat au service de la communauté familiale, la législation révolutionnaire brise le cadre traditionnel de la famille et eût risqué de la ruiner elle-même par ce complet bouleversement, si elle n'avait été, en définitive, impuissante contre les mœurs.

Une des premières réformes opérées par le droit intermédiaire est la sécularisation du mariage qui cesse d'être considéré comme un sacrement pour devenir un contrat civil réglementé par l'Etat. On ne se borne pas à décréter que le mariage sera constaté par un officier de l'état civil : on établit un véritable mariage civil à côté du mariage religieux que la loi ignore désormais. Le même jour (20 septembre 1792) l'Assemblée législative, au nom de la « liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte », établit le divorce sur des bases tellement larges qu'il permet, en fait, d'aboutir à une répudiation déguisée. Et comme si le législateur avait pour cet acte, qui désorganise la famille, une prédilection particulière, la séparation de corps est supprimée. Cet ensemble de mesures néfastes ne tarda pas à produire des résultats désastreux : le

nombre des divorces se multiplia dans une proportion inouïe ; dans les trois premiers mois de 1793 ils égalèrent en nombre les mariages.

Toujours au nom de la liberté et de l'égalité, l'autorité maritale fut supprimée. « Il ne faut pas conserver plus longtemps, — avait dit Camille Desmoulins, — la puissance maritale, création du gouvernement despotique ; il importe de faire aimer la République par les femmes ; on atteindra ce but en les faisant jouir de leurs droits. » Le Code de la Convention devait répondre à cette invitation en posant en principe que l'association conjugale serait dirigée en commun par le mari et par la femme.

Dans la matière du contrat de mariage les mêmes tendances se font jour : la loi se préoccupe d'assurer l'égalité des droits des époux. En apparence, la liberté des conventions matrimoniales existe ; en réalité le régime dotal est proscrit comme contraire à l'égalité. Dans la communauté, le mari ne sera plus considéré comme « seigneur et maître » ; il est au contraire décidé que « le mari et la femme administreront de concert les biens communs et aucun des deux ne pourra s'engager sur ses propres, sans l'approbation de l'autre ». L'institution contractuelle, le douaire, l'augment, les gains de dot et de survie, suspects de gêner la circulation des richesses et d'immobiliser les fortunes sont supprimés.

Mais ce n'est pas assez d'avoir ainsi affaibli la famille légitime en relâchant le lien conjugal, on va la découronner de la situation privilégiée que lui avait accordée la loi, d'accord avec les mœurs. Le Code de la Convention, en effet,

asssimile les enfants naturels aux enfants légitimes sans vouloir tenir compte de la répugnance de l'opinion alors très nettement hostile à cette assimilation. Par crainte de maintenir un privilège au profit des enfants légitimes, le Code civil de la Convention ne recule pas devant une mesure qui donnait aux enfants naturels, à l'exception toutefois des enfants adultérins et incestueux, les mêmes droits qu'aux enfants légitimes.

La puissance paternelle ne devait pas résister non plus à la passion libérale et égalitaire. Dès le début de la Révolution, les virulentes attaques de Mirabeau la battent en brèche. Bientôt elle n'est plus considérée que comme une « formule de tyran », un système « que la nature indignée repousse ». « Pour l'honneur de l'humanité, — déclare Berlier, — que l'individu majeur de l'un ou de l'autre sexe ne connaisse plus d'autre autorité que celle qui doit régir des citoyens libres : les doux sentiments de la nature n'y perdront rien, ils resteront d'autant plus purs qu'ils seront dégagés de toutes entraves et la tyrannie seule perdra en cette occasion ». L'absolutisme royal avait fortifié à outrance la puissance paternelle ; — la République au nom des principes de 89 la restreint à l'excès. — L'autorité paternelle dans le Code de la Convention ne subsiste plus que pour les mineurs : exercée en commun par le père et la mère, elle est considérablement réduite en étendue ; le droit de correction ne peut plus être exercé par le père ; il doit subir le contrôle d'une assemblée de famille qui ne lui laisse guère que le rôle odieux et ingrat d'accusateur. A 21 ans, les enfants sont déchargés de cette autorité ; ils doi-

vent toujours solliciter l'approbation de leurs parents lorsqu'ils veulent contracter mariage, mais s'ils ne l'obtiennent pas dans les trois jours, ils peuvent passer outre. En échange de cette autorité restreinte qui leur est reconnue, les parents ont des devoirs d'éducation que la loi sanctionne sévèrement.

L'égalité avait été proclamée entre l'homme et la femme, entre les parents et leurs enfants majeurs ; le droit intermédiaire l'établit en matière successorale entre tous les enfants : plus de droit d'aînesse, plus de privilèges; les infériorités dont souffraient les cadets, les filles, les bâtards, sont abolies. Le partage égal et en nature devient la règle et pour mieux en assurer l'application, le décret du 7 mars 1793, sur la proposition de Robespierre et de Mirabeau, abolit la faculté de tester en ligne directe. L'ordre fondé sur la parenté du sang est substitué à l'ordre civil et féodal qui distingue entre les biens. Toutes les mesures qui tendaient à maintenir la fortune dans les familles sont condamnées : le 15 mars 1790 les successions féodales, le 14 novembre 1792 les substitutions sont interdites, et, comme corollaire de ces mesures, le droit du conjoint survivant sur les biens de l'époux défunt est admis en principe.

Dans cette famille ainsi soumise à une brusque rénovation qui la désorganise, on songe à prévenir le défaut de cohésion qui résultera des coups portés à l'autorité paternelle : la parenté est appelée par l'institution du conseil de famille à jouer un rôle de conciliation et de contrôle ; une sorte de justice de paix familiale est ainsi organisée qui veillera à ce que l'ordre et la liberté soient assurés dans la

famille et que l'atmosphère et les mœurs en restent calmes et tranquilles.

Telle apparaît l'œuvre des législateurs de la Convention ; ils ont voulu faire de la famille, comme ils l'avaient fait de l'Etat, un corps régi par la liberté et l'égalité. Imbus des théories individualistes de Voltaire et de Montesquieu d'une part, de l'esprit philosophique et social de Rousseau d'autre part, ils prétendent assurer le bonheur de l'individu en le débarrassant de toutes les contraintes qui pèsent sur lui et qui relèvent de l'absolutisme politique ou religieux. L'Etat met sa toute-puissance au service de cette œuvre d'affranchissement : la législation, même en droit privé, vise à ruiner l'ordre de choses existant, les privilèges et les inégalités, les atteintes à la libre expansion de la volonté humaine. L'esprit philosophique combat l'esprit traditionnaliste et juridique ; préoccupés de remédier hardiment et d'une façon radicale aux vices d'une législation surannée, les législateurs de la Convention, s'ils ne bâtissent pas de toutes pièces un droit nouveau, s'ils ne rejettent pas *a priori* les données de l'expérience, légifèrent surtout en suivant des déductions théoriques.

Aussi cette législation, qui avait refusé de tenir compte des contingences de temps et de lieu, fut impuissante contre elles : « Après comme avant ces destructions colossales la famille se retrouvait forcément au même point..., l'édifice lui-même restait à peu près intact sous le mensonge accoutumé de la phraséologie révolutionnaire (1) ».

1. Maurice Sabatier. Le Code Civil (Correspondant 10 déc. 1904).

D'ailleurs, dès 1795 une réaction d'abord modérée, puis violente, se manifeste. L'esprit juridique reparaît, réprimant les excès de l'esprit philosophique, renouant plusieurs des liens qui rattachaient l'œuvre législative à la tradition, liens que la Convention avaient rompus. Certains, comme Boulay de la Meurthe, déclarent même chimérique l'idée d'un Code civil unique. On renonce, en tous cas, à l'idée d'un Code qui, déduisant de principes nouveaux des conséquences rigoureusement logiques, ne tiendrait pas compte des législations antérieures. A mesure que les travaux d'élaboration du Code civil avancent, il apparaît de plus en plus comme une œuvre de transaction, transaction entre la tradition juridique et les principes de 89 d'une part, entre les conceptions opposées du droit romain et des coutumes d'autre part. On veut faire œuvre pratique : on se décide à ne garder du droit révolutionnaire que ce que l'on ne peut point rejeter sans porter atteinte à l'œuvre même de la Révolution (1) ; et le caractère principal du Code est non pas une innovation brusque, mais un travail de clarification et d'unification de l'ancien droit.

1. Nous avons respecté dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles toutes celles qui sont liées aux grands changements dans l'ordre politique ou qui par elles-mêmes nous ont paru évidemment préférables à des institutions usées et défectueuses. Portalis. Discours p. 19.

CHAPITRE II

Le Lien conjugal

I. — *Importance et notion du Mariage*

Un mariage vient d'être célébré : les époux ont échangé leur consentement devant l'officier de l'Etat-Civil qui les a déclarés unis au nom de la Loi. Une famille est née : elle se trouve, à son début, constituée uniquement par le lien qui unit ces deux personnes : le lien conjugal. Ce lien pourra même, si le ménage n'a pas d'enfants, constituer à lui seul la famille : il est, en tous cas, la condition nécessaire de la famille légitime et l'on peut dire qu'il en est la base. Autrefois dans la Cité antique, la famille dont la composition était souvent artificielle ou mal définie, reposait avant tout sur l'autorité qui en assurait la cohésion : la puissance paternelle. Aujourd'hui la famille, société exclusivement naturelle, repose essentiellement sur le lien conjugal, puisque c'est de l'union de l'homme et de la femme que naissent les enfants, but premier du groupement familial. Il convient donc que nous étudiions le mariage en premier lieu dans sa nature, dans son caractère, dans sa

solidité. Nous le ferons en laissant de côté autant que possible tout ce qui concerne les formalités de sa célébration, formalités qui n'intéressent qu'assez indirectement, et par contre-coup, la constitution de la famille. Après avoir ainsi essayé de nous faire une notion nette du mariage, nous aurons à examiner les conséquences personnelles et patrimoniales qui en découlent,

Mais avant d'aborder le fond même de la question, quelques précisions sont nécessaires. Le terme de mariage désigne, en effet, également deux choses bien différentes : l'engagement pris et l'état de vie qui en résulte ; et, si l'on ne prend soin de les distinguer très nettement, on risque d'aboutir à des conclusions erronées et inexactes.

Dans ce que nous avons appelé les conséquences personnelles et patrimoniales du mariage, nous étudierons de quelle façon la loi a compris et sanctionné les principales obligations des époux l'un envers l'autre au cours de la vie commune ; ce sera l'étude juridique de l'état matrimonial. Mais il nous faut auparavant chercher à pénétrer l'essence de cet engagement qui lie les époux et la conception qu'ont pu s'en faire les rédacteurs du Code et, par conséquent, essayer de dégager quel était à leurs yeux le but du mariage. Comme nous allons le voir, en effet, ce sont là deux notions intimement liées et qui se commandent l'une l'autre. C'est l'idée philosophique et morale que le législateur se fait du mariage qui informera et déterminera chez lui la conception juridique de l'engagement matrimonial et par suite les caractères de solidité et de durée du lien qui en résulte.

II. — *Conception individualiste et Conception sociale*

Que cette étude soit ici particulièrement difficile et cette recherche ardue, c'est ce qui n'est pas douteux. Dans les articles du Code, en effet, uniquement préoccupés d'écarter les difficultés pratiques que pouvait soulever la formation des liens conjugaux, nos législateurs n'ont pas nettement pris parti et il est assez malaisé de dégager de textes portant sur des questions d'espèces, la pensée maîtresse qui les a inspirés. En vain y chercherions-nous une déclaration de principes ou simplement une définition générale : aucune théorie d'ensemble ne se dégage à première vue de la lecture du titre du mariage.

Si nous nous reportons aux travaux préparatoires, nous y trouvons la célèbre définition de Portalis : « Le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée (1) ».

Nous trouvons dans cette définition, qui ne manque pas de beauté et de grandeur, l'énoncé d'un double but du mariage : l'un qui est, à juste titre, mis en première ligne, car c'est le but naturel et par conséquent essentiel : la procréation et l'éducation des enfants ; — l'autre, qui n'est que secondaire, vise le bonheur des époux : la mutuelle assistance dans la bonne et la mauvaise fortune. Ainsi présentée, cette définition répond à une conception du ma-

1. Discours. p. 164.

riage que nous pouvons appeler une conception sociale ; le mariage est envisagé principalement et avant tout comme un acte utile à l'espèce ; la vie des enfants, leur éducation, leur formation, tels sont les intérêts qui doivent guider le législateur dans la détermination de l'essence du lien conjugal et des caractères de l'état matrimonial. Et nous disons qu'une telle conception est sociale parce qu'elle suppose que tout l'effort de la génération présente est tourné vers la préparation de la génération de demain, et par elle de la société future ; qu'à cette tâche parfois très douce, mais souvent aussi pénible, tout le reste doit être subordonné, et par tout le reste nous entendons les passions, les plaisirs, les aspirations individuelles au bonheur, et quelquefois même des vies tout entières dont le sacrifice doit être consenti pour assurer à la génération qui se forme les conditions générales d'existence qui lui sont le plus favorables.

Nous ne saurions donc admettre la critique de M. Beudant qui reproche à Portalis de noter en première ligne la procréation des enfants dans l'énoncé du but du mariage, et nous ne pouvons partager son sentiment quand il déclare que « ce n'est ni le résultat naturel, ni le but, ni la fin naturelle du mariage (1) ». Quel est donc le rôle de la sexualité dans le plan naturel si ce n'est la reproduction de l'espèce, et quel est le rôle de la famille si ce n'est d'être, par le moyen de la coopération durable et constante de l'homme et de la femme, l'agent de formation et d'éducation des petits êtres, fruits de leurs relations? Est-il rai-

2. Cours de Droit Civil français, t. II.

sonnable d'admettre que tant les organes de l'homme et de la femme, que la société familiale elle-même, ne leur aient été donnés que pour la satisfaction de leur plaisir ?

Fautive aussi, par conséquent, et erronée nous paraît la définition que M. Boistel donne du mariage : « Une société entre un homme et une femme ayant pour fin leur bonheur mutuel ». Avec elle nous tombons dans une conception individualiste. Le mariage n'est plus considéré comme acte utile à l'espèce ou, plus exactement, il n'est pas considéré comme étant essentiellement cela : il est d'abord une société qui se forme entre l'homme et la femme pour leur assurer une vie qu'ils jugent devoir être ainsi plus belle ou simplement plus agréable. Et sans doute cette conception peut avoir une certaine noblesse si on y voit, ainsi que le fait Portalis, une union contractée pour assurer à ceux qu'elle lie, l'aide réciproque à travers les jours heureux comme à travers les adversités de la vie ; mais il n'en est pas moins vrai que le bonheur des époux demeure la base et la raison d'être de cette union et que cette chose éminemment subjective qu'est le bonheur, pouvant consister pour les uns dans la recherche du plaisir et la satisfaction de la passion, pour les autres dans l'accomplissement d'une loi morale, on est presque fatalement entraîné à conclure qu'une législation unique du mariage devant blesser les uns en satisfaisant les autres, la formule logique de cette conception individualiste serait celle du contrat privé.

Et ainsi nous touchons du doigt la relation nécessaire qui existe entre le but que l'on donne au mariage et le caractère de l'engagement qui en noue les liens. Et en effet,

dans un Code inspiré de la conception sociale du mariage, le législateur ne considérera pas l'engagement matrimonial comme un contrat, mais comme le choix d'un état de vie, comme un fait d'union naturelle dont la loi doit régler les conditions en conformité avec le droit naturel. L'union qui se noue intéresse, en effet, la société qui ne peut l'ignorer, mais qui doit, au contraire, poser des barrières contenant les fantaisies individuelles et appliquer, en les adaptant dans une certaine mesure aux contingences sociales, les principes de la loi morale. Le Mariage sera traité dans l'Etat des Personnes et non au titre des Contrats.

C'est au contraire sous ce titre, que devrait prendre place la législation matrimoniale d'un Code imbu de la conception individualiste. Alors, en effet, le mariage est un accord contractuel entre les époux : l'engagement et les obligations qui en découlent sont issus de leur libre volonté. Et l'intervention de la loi en ces matières ne peut se justifier, comme du reste dans toute la matière des contrats, que par son caractère interprétatif de la volonté des parties et par les considérations générales d'ordre public.

III — *Nature juridique du mariage*

Ceci posé, demandons-nous quelle est de ces deux conceptions, individualiste ou sociale, celle qui a prévalu dans le Code et qui en inspire les dispositions.

En présence de la transformation opérée par le droit intermédiaire dans la matière de la célébration et de la législation du mariage, une réponse vient naturellement à l'es-

prit : « Le mariage ayant été sécularisé n'est plus désormais qu'un contrat civil ».

Il y a dans cette réponse une confusion qu'il importe de dissiper. En cherchant à dégager la nature juridique du mariage nous ne nous préoccupons point de déterminer le caractère de sa célébration, mais bien la valeur et l'essence de l'acte par lequel les époux s'unissent mutuellement. Dès lors, l'examen des formes de la célébration pourra bien nous fournir quelques indices intéressants pour notre étude, mais non une solution entière et définitive ; et la preuve, c'est que nous aurons l'occasion de voir la conception des législateurs de 1804 se modifier et se transformer au cours du XIX^e^ siècle, sans qu'aucun changement notable ait été apporté aux formes de la célébration du mariage.

Cependant la sécularisation effectuée sous le droit intermédiaire nous permet d'apporter en la matière une précision certaine : c'est que la conception religieuse du mariage, qui rentre à coup sûr dans la conception sociale telle que nous l'avons examinée, est désormais écartée ; le mariage sacrement est ignoré de la loi qui ne tient désormais aucun compte de la juridiction canonique et des conditions de validité exigées par l'autorité religieuse. L'importance de cette réforme est réelle, mais elle réside beaucoup moins dans le remplacement de la célébration religieuse par la cérémonie civile que dans la substitution à la législation de l'Eglise, immuable dans ses principes, d'une législation purement civile que l'Etat se réserve désormais le droit de modifier, de transformer, d'adapter à l'incessante évolution des mœurs : c'est là qu'est l'innovation capitale.

« A notre avis, remarque M. René Lemaire, ce furent les législateurs et les doctrinaires de la Révolution qui, de très bonne heure, entendirent la sécularisation, non comme une formalité nécessitée par la différence des cultes, mais comme l'affirmation d'une conception philosophique du mariage, dégagée des dogmes confessionnels, indépendante, capable de se suffire à elle-même (1) ». Quelle est cette conception ? La constatation de la célébration civile du mariage ne nous l'apprend pas ; elle ne nous apporte donc qu'une précision négative.

Pourrons-nous trouver du moins une indication positive dans les formes de cette célébration ? En quoi consiste-t-elle essentiellement? en deux déclarations : l'une réciproque émanant des époux, c'est l'échange des consentements; l'autre émanant de l'officier de l'état civil qui les déclare unis au nom de la loi. Si la première paraît présenter dans une certaine mesure les caractères d'un contrat, la seconde semble nous ramener, par ses termes, à la conception d'une union qui se réalise, en ayant sans doute pour point de départ et pour cause la rencontre des volontés des conjoints, mais de par une loi qui domine ces volontés et qui engendre au-dessus d'elles et sans leurs concours toute une série d'obligations auxquelles la volonté des époux, — toute puissante cependant dans la formation du lien, — ne peut rien retrancher ni rien ajouter.

Cependant l'importance qu'attache notre législation à l'accord des volontés des époux, les formes dont elle entoure l'expression de ces volontés, la solennité qu'elle lui

1. Le Mariage civil, p. 94.

donne, les précautions qu'elle prend pour mieux en assurer la pleine indépendance et l'entière sincérité semblent avoir impressionné la plupart des auteurs qui, frappés de cette apparence contractuelle, ont vu dans le mariage un véritable contrat civil. Le contrat n'est-il pas, comme le dit M. Planiol « un accord de volontés productif d'obligations » ? et les termes de cette définition ne conviennent-ils pas parfaitement au mariage?

Précisons encore la question. Que nous trouvions dans le mariage un accord de volontés, c'est l'évidence même. — Que le mariage entraîne pour nous toute une série d'obligations, que ces obligations soient même particulièrement graves et nombreuses, ce n'est pas douteux. Mais l'accord de volontés est-il réellement et directement *productif* de ces obligations ? C'est là le point capital qu'il convient d'élucider.

Or, si nous examinons en quel sens dans les contrats ordinaires l'accord de volontés est productif d'obligations, nous trouvons le commentaire et l'explication de cette définition dans le Code lui même à l'article 1134 qui dit : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Les obligations conventionnelles sont donc bien réellement le produit direct de l'accord des parties, puisque ce sont les parties contractantes elles-mêmes qui les discutent, les posent, en établissent l'étendue, en déterminent la force à leur gré et suivant leur intention ou leur fantaisie.

Et, sans doute, lorsque les parties ont en vue un contrat spécial à réaliser, une vente par exemple, il y a des points

que les contractants ne sont pas libres de modifier, « il y a toujours des conditions, des éléments, des effets qui sont de l'essence du contrat et sans lesquels l'acte ne se conçoit même pas (1) ». Mais quelle est la valeur de ces règles, de ces points fixes? Ils servent uniquement au magistrat et au légiste à classifier et à nommer les divers accords de volontés possibles, afin de leur appliquer dans les cas non prévus les règles générales d'interprétation qui se rapprochent le plus de la volonté supposée des parties. Mais le nombre des contrats n'étant pas limité, ils n'entravent point la liberté des contractants ; et si, par exemple, après avoir discuté les conditions d'une vente, les parties décident que l'acquéreur devra payer non en espèces, mais par la dation d'un autre objet, il leur est loisible de le faire ; la seule conséquence de cette méconnaissance par les parties des règles essentielles de la vente, sera que le juge chargé d'apprécier le caractère de cet accord, l'interprètera comme un échange. Mais l'acte n'en sera pas moins parfaitement licite et légal. Et il reste vrai de dire que, dans toutes la matière des contrats, la volonté des parties est normalement souveraine, puisque le juge est tenu de suivre les règles posées par elle, et doit, sur les points au sujet desquels elles ne se sont pas expressément expliquées, « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes. »

En est-il de même dans la matière du mariage? Pas le moins du monde! Ici, nous trouvons bien l'accord de vo-

1. Planiol. Droit Civil, t. III, p. 3, note 2.

lonté des époux, mais avec un caractère et des effets radicalement différents. L'expression des volontés ne porte pas sur la détermination des obligations qui vont incomber à chacun, mais sur *le choix concerté d'un état de vie*. Les époux donnent leur adhésion à un état naturel où leur individu va s'épanouir et se développer dans des conditions autres sans doute que celles du célibat, mais assurément plus normales et généralement plus favorables au développement harmonique de leur personne morale. Pour expliquer ces conditions spéciales et les obligations qu'elles entraînent, il n'est nul besoin de recourir à l'hypothèse d'un contrat emportant pour chaque époux le sacrifice convenu d'une part de sa liberté.

Et d'ailleurs, ces obligations indéterminées et multiples, les époux ne sont pas invités à les débattre et à les soumettre à un examen critique préalable : ils doivent les accepter en bloc, telles que la loi les établit et les sanctionne ou renoncer à se marier ; ils ne pourraient pas, par exemple, déroger par conventions à la règle de l'autorité maritale, ni conclure mariage pour un temps donné, ni étendre les cas de divorce énumérés dans le Code, pas plus d'ailleurs que les restreindre, ni convenir que le devoir conjugal ne sera pas exigible. S'ils veulent garder la liberté d'apporter au mariage une modification en contradiction avec la loi, ils doivent se résigner à conclure une de ces unions illégitimes, que les auteurs ne se sont pas avisés encore de faire rentrer dans la catégorie des contrats.

Et précisément le rapprochement de l'union légitime avec l'union illégitime fait mieux saisir à quel point le ma-

riage diffère du contrat. Nous retrouvons bien dans l'union illégitime l'accord de volontés d'une part, et, d'autre part, des obligations, au moins morales, nées du fait de l'union, et cependant l'idée contractuelle lui est absolument étrangère. Ces relations sont d'un autre ordre que les contrats.

Or en quoi le mariage diffère-t-il de l'union illégitime? En ceci : c'est que les époux, en s'unissant, font choix d'un état de vie dont les obligations morales et naturelles les plus importantes au point de vue social sont sanctionnées par la loi, tandis que, dans l'union libre, les concubins et les amants s'unissent en dehors de la loi, afin d'échapper à cette réglementation et pour pouvoir rejeter à leur gré celles de ces obligations qu'ils estiment trop pesantes pour eux. Il semble donc, à considérer ces deux formes d'union naturelle, que ce soit l'union illégitime, où les deux parties veulent rester maîtresses de régler leur sort comme elles l'entendent, qui se rapproche le plus de la notion du contrat « tenant lieu de loi à ceux qui l'ont fait ». Or c'est précisément celle que l'on ne songe point à qualifier de contrat. A plus forte raison par conséquent ne devra-t-on pas essayer de ranger parmi les contrats l'engagement matrimonial, où il ne saurait être question de « conventions tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites », puisque précisément la loi s'est chargée de réglementer elle-même les conditions de cette association, ne laissant à la volonté de l'individu d'autre liberté que celle de se marier ou de rester célibataire, et d'autre choix que celui de la personne avec laquelle il s'unira.

Il suffit du reste de voir ce que la loi nomme le *contrat de mariage* pour toucher du doigt la distinction essentielle qui sépare ce contrat de l'engagement matrimonial. L'article 1382 met à la base de la matière du contrat de mariage le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Cette réglementation de la situation pécuniaire des deux époux n'est qu'un accessoire du mariage ; elle n'intéresse qu'à un degré moindre l'ordre social. Aussi la loi laisse-t-elle les époux libres de choisir le régime qui leur paraîtra le meilleur ; elle n'édicte que les restrictions nécessaires à l'ordre public, et quelque nombreuses que soient ces dernières, le principe demeure avec un champ très étendu d'application ; nous sommes bien réellement en présence d'un contrat. Là encore les principaux types de régimes présentés par le Code ne sont indiqués que pour la commodité du juge et des parties, ces dernières pouvant à leur gré en combiner et en modifier les dispositions. Et si les époux n'ont pas réglé par eux-mêmes leurs relations pécuniaires, la loi leur impose un régime légal : la communauté. Mais alors on dit que les époux se sont mariés « sans contrat (1) », bien que souvent cette absence de contrat soit voulue et réfléchie et que les époux en sachent parfaitement les conséquences. Mais le terme de contrat ne peut s'appliquer qu'aux accords où les parties ont elles-mêmes librement posé et débattu les règles qui les lient.

Et d'ailleurs l'ordre suivi par le Code dans ces matières nous fournit encore une indication et une preuve maté-

1. Art. 1391 C.

rielle à l'appui de notre thèse. Où trouvons-nous les articles concernant le mariage? Au livre Ier qui traite de l'état des personnes et reste absolument étranger à la matière des contrats. Au contraire, pour étudier le contrat de mariage, il faut nous reporter au livre III où nous trouvons le titre qui le concerne immédiatement après la théorie générale des contrats et en tête des études particulières des contrats spéciaux. Il est impossible de marquer plus fortement la différence de nature radicale et essentielle qui existe entre le mariage et les libres conventions que les époux peuvent faire pour régler leurs intérêts matériels.

Nous en arrivons donc à cette conclusion que le Code, par la forme qu'il donne à la célébration du mariage, par la place où il le traite, par le caractère impératif et absolu de sa réglementation en cette matière, écarte l'idée de contrat. Nous sommes donc fondés à supposer que les rédacteurs du Code ont vu dans le mariage, suivant les expressions de M. Charles Lefebvre, « une union naturelle disciplinée et consacrée dans l'état social comme union légitime, mais consacrée et disciplinée par voie d'autorité, non par voie de contrat », et dans la célébration civile du mariage, non la formation d'un contrat solennel, mais un simple acte d'état civil.

IV. — *Hésitations du législateur de 1804 sur la nature du mariage*

Ces déductions sont-elles légitimes? Ces conclusions répondent-elles à la réalité des faits?

Les travaux préparatoires du Code pourraient nous en

faire douter. La constitution des 3-14 septembre 1791 avait en effet solennellement déclaré dans son article 7, titre II : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil ». Cette déclaration ne fut pas reproduite dans le Code, probablement parce qu'on y vit surtout l'affirmation du principe de la sécularisation du mariage, principe qu'en 1804 on pouvait considérer comme acquis, intangible, et, partant, inutile à rappeler.

Mais il est difficile de soutenir, en présence des affirmations répétées de Portalis en sens contraire, que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer la théorie du contrat purement civil, dans le sens de contrat privé : « Le mariage, dit en effet Portalis, est une société, mais la plus naturelle, la plus sainte, la plus inviolable de toutes..... Dans le mariage, on ne stipule pas seulement pour soi, mais pour autrui ; on s'engage à devenir comme la providence de la nouvelle famille à laquelle on va donner l'être, on stipule pour l'Etat, on stipule pour la société générale du genre humain (1). » Ainsi, il semble bien que Portalis insiste sur cette conception sociale du mariage que nous découvrions dans les termes de sa définition, qu'il sent le danger qu'il y aurait à considérer le mariage comme un acte individuel, alors que c'est un acte social, un acte utile à l'espèce. Ailleurs, du reste, il est encore plus net : « Nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais *un acte naturel* qui

1. Op. cit. p. 33.

a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié (1) » ; et encore dans la discussion au Conseil d'Etat : « Le mariage n'est pas seulement institué pour les époux ; l'époux n'est-là que le ministre de la nature pour perpétuer la société. La société, dans ce contrat, vient s'enter sur la nature : *le mariage n'est pas un pacte, mais un fait* (2) ».

Tout aussi formelles, dans le même sens, sont les déclarations du tribun Gillet au Tribunat : « On aurait en effet une idée bien peu exacte de son importance (du mariage) et de sa dignité, si l'on ne voulait y voir qu'un pacte naturel, ou une convention civile ; il est encore plus que tout cela : un engagement social, et comme un traité public dont les époux sont à la fois les parties et les ministres (3) ».

Il semble, après des explications aussi nettes, que la question soit tranchée, et cependant nous allons voir Portalis lui-même, dans son Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, essayer une conciliation entre la conception sociale du mariage et la conception contractuelle, et déclarer, avec les Philosophes et le comité de législation de 1792, que le mariage offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit , mais d'un contrat très différent des autres et qui ne peut rentrer dans la théorie générale des contrats civils : « Je découvre, dit-il, *un véritable contrat* dans l'union des deux sexes. Ce contrat n'est pas purement civil, quoique en disent les jurisconsultes ; il a son principe

1. Op. cit. p. 21.
2. Fenet. IX. p. 265.
3. Fenet. IX. p. 183.

dans la nature qui a daigné nous associer en ce point au grand ouvrage de la création ; il est inspiré et commandé par la nature même (1) ».

Ainsi le mariage est à la fois un contrat et n'en est pas un, — du moins dans le sens ordinaire du mot, — c'est une union naturelle dont la réglementation échappe à la volonté des parties, et cependant on le classe dans la catégorie juridique des engagements où la volonté des parties est souveraine et leur tient lieu de loi. Cette contradiction, cette attitude hésitante entre deux conceptions opposées explique et justifie la sévérité du jugement porté par M. René Lemaire sur l'œuvre des législateurs de 1804 : « Le Code n'a donc pas de doctrine sur le mariage : c'est le néant. Du reste quelle doctrine aurait-il ? L'Etat, dont il représente le pouvoir, et les législateurs dont il incarne les idées, n'ont pu s'en déterminer une. Tout leur effort s'est épuisé en une vague aspiration vers quelque chose de plus élevé, qu'on voulait mettre dans le mariage, qu'on n'osait plus prendre dans la religion, qu'on ne savait où trouver ; non certes que les rédacteurs du Code aient méconnu le caractère sacré du mariage ; plusieurs l'ont confessé comme une indiscutable réalité ; mais, au lieu de s'en faire une force ou un auxiliaire, ils l'ont considéré avec méfiance et l'ont repoussé de leur œuvre (2) ».

V. — *Indissolubilité et divorce*

Cependant, hâtons-nous de le dire, nous ne trouverions

1. Op. cit. p. 164.
1. Op. cit. p. 143.

pas matière à une semblable condamnation dans les seules dispositions de la loi sur le Mariage. Les hésitations, les fluctuations, que nous venons de relever dans les commentaires et les discours de Portalis, ne suffiraient pas à nous faire revenir sur l'impression plutôt favorable que nous a laissée cette première lecture du Code lui-même. Mais, si nous poursuivons notre examen, nous trouvons après le titre du Mariage, un titre VI consacré au Divorce, que déjà l'avant-dernier article du titre précédent nous annonçait d'un mot : « Le mariage se dissout... par le divorce légalement prononcé ». C'est un principe gros de conséquences qui est posé, et qui remet en question tout le problème du caractère juridique du mariage.

A quel besoin répond en effet le divorce ? Dans l'intérêt de qui sera-t-il réclamé ? Sera-ce au profit des enfants ? Ou tout au moins, pourra-t-il fonctionner sans inconvénients pour eux ? Si oui, l'institution vaudra la peine d'être examinée. Il est, en effet, logique et normal que le mariage, conclu en vue de la procréation et de l'éducation des enfants, se dénoue le jour où cette dissolution s'impose dans l'intérêt de ceux-ci, ou peut s'effectuer sans leur nuire.

Sans doute, il serait aisé de prouver, sans envisager la question exclusivement au point de vue des enfants, combien les relations entre époux, et leur vie morale gagnent à l'indissolubilité ; mais on peut dire que, pour justifier l'intervention du pouvoir civil en cette matière, il est nécessaire de considérer l'intérêt des enfants, l'indissolubilité ne pouvant être imposée aux époux qu'autant qu'elle

rentre dans le plan essentiel et dans la fin sociale du mariage.

Le divorce pourrait donc être permis s'il n'est pas préjudiciable aux enfants, ou si leur développement l'exige. Allons plus loin : dans ce dernier cas, il serait logique de déclarer qu'il doit être imposé par la loi.

L'étrangeté de cette conclusion nous arrête aussitôt. Et en effet, dans les bruyantes campagnes qui ont été menées en faveur du divorce, pour son établissement jadis, pour son « élargissement » aujourd'hui, ce n'est guère de ce point de vue social que la question a été envisagée. Sans doute, les partisans du divorce ont paru parfois s'inspirer d'un principe supérieur de moralité, notamment lorsqu'ils ont invoqué l'article 18 de la Déclaration des Droits de l'Homme (1) : « Tout homme peut engager ses services, son temps, mais il ne peut se vendre ni être vendu : sa personne n'est pas une propriété aliénable. » Mais il faut bien se rendre compte qu'entre cette servitude à vie, dégradante parfois, oppressive la plupart du temps, dont la Déclaration des Droits de l'Homme veut éviter le retour, et l'engagement indissoluble du mariage, il y a un abîme. Un engagement en effet n'est pas immoral par le fait même qu'il est pris pour un temps indéterminé plus ou moins long, comme pour la durée de la vie ; il n'y a atteinte à la morale que si cet engagement restreint sans compensation

1. C'est parce que ce principe du droit moderne proclamé par la Révolution : « La personne humaine est inaliénable », c'est parce que ce principe essentiel, expression d'une morale nouvelle, est méconnu dans le mariage et le divorce actuel, que nous voulons l'y introduire. (P. et V. Margueritte). L'élargissement du divorce ».

la liberté naturelle de l'homme d'une manière permanente, entravant ainsi son expansion et son développement normal. Or le mariage, nous venons de le voir, est justement un état naturel dont les obligations, loin d'abaisser l'homme et la femme, les élèvent en les faisant vivre d'une vie désintéressée toute tournée vers la fondation et l'éducation de la famille ; en se mariant les époux n'établissent donc pas entre eux des liens artificiels dont il serait immoral de serrer à tout jamais les nœuds, ils se placent dans un état naturel dont les obligations, même les plus strictes, les devoirs même les plus pénibles à remplir, ne canaliseront jamais leur libre activité que pour l'orienter vers cette tâche de dévoûment pleine de noblesse qu'est la formation morale et physique d'une génération nouvelle.

Aussi bien, cette énergique revendication de la liberté des époux dans le mariage n'était-elle pas réclamée *in abstracto* pour mettre cette institution en harmonie avec la morale de la Déclaration des Droits de l'Homme. Ce que l'on visait, ce que l'on vise particulièrement à l'heure actuelle, c'est la liberté pour les époux de rompre le mariage, lorsqu'ils n'y ont pas trouvé le bonheur, lorsqu'ils n'y ont rencontré que désenchantement, — et la liberté pour laquelle on plaide c'est celle d'aller chercher auprès d'un autre conjoint la félicité vainement attendue de la vie commune avec le premier. Et ainsi, nous retombons absolument dans la conception individualiste du mariage, dans la conception du contrat privé, de la société de bonheur mutuel formée entre deux individus de sexe différent qui demeurent libres de s'en retirer quand le passif y dépasse l'actif.

VI. — *Le divorce dans notre législation civile*

A vrai dire cette conception n'a vraisemblablement pas apparu avec toute sa logique brutale aux yeux du législateur de 1804; ou du moins, elle n'a pas inspiré son œuvre intégralement. Mais déjà, pendant la période intermédiaire, alors que soufflait ce vent d'indépendance absolue qui brisait tous les cadres sociaux pour laisser libre champ aux fantaisies de chacun, on avait entrevu et adopté la conception individualiste du mariage formé pour le bonheur des époux, rompu à leur gré, sans avoir égard à l'intérêt des enfants, et la théorie juridique du contrat privé qui en était le corollaire obligé, en même temps qu'elle justifiait le divorce au point de vue de l'*elegantia juris* : « Le mariage, avait dit Sedilly en 1792, est un contrat civil. Il est de la nature des contrats de se résoudre de la même manière dont ils ont été formés. » (1) On sait quels furent les résultats de ces lois et les scandaleux abus qui s'ensuivirent ; et comment le nombre des divorces ayant cru dans des proportions effrayantes, jusqu'à égaler au cours de certaines périodes le nombre des mariages, le Conseil des Cinq Cents dut, devant l'émotion générale, voter la suspension de la loi de 1792.

Aux yeux des rédacteurs du Code, plus traditionnalistes, moins imbus de tendances révolutionnaires et anarchiques, moins préoccupés de l'enchaînement logique des

1. Moniteur Universel 15 sept. 1792. Cité par R. Lemaire. Le Mariage civil, p. 104.

dispositions légales, l'introduction du divorce s'est justifiée par d'autres motifs. Sans juger le divorce dans son principe moral et ses conséquences sociales, ils prétendirent seulement le baser sur des raisons d'ordre pratique ; ils s'autorisèrent de l'état des mœurs qui, plus dissolues qu'autrefois, ne correspondaient plus à l'idéal de l'indissolubilité conjugale ; ils prétextèrent les nécessités de la liberté des cultes, qui n'avait rien à voir en la matière, — et malgré la faiblesse de ces motifs, on peut supposer que c'est à regret qu'ils introduisirent dans leur œuvre législative le principe du divorce.

« Si nous avions affaire à un peuple neuf, je n'établirais pas le divorce », avouait Portalis qui, par une contradiction singulière, avait pourtant dit au Conseil d'Etat, en combattant le divorce unilatéral pour incompatibilité d'humeur : « C'est dans les départements, c'est dans les campagnes qu'il faut aller chercher les mœurs françaises. Là, le scandale du divorce a été rejeté avec mépris ; là, on n'a point usé du divorce, les tribunaux l'attestent : voilà le vœu de la nation. Cependant les Français sont légers, et c'est précisément cette mobilité que la loi doit fixer : elle est faite pour réformer les mœurs, non pour les pousser dans la fausse direction qu'elles ont prise ». (1)

Quoiqu'il en soit, c'est la même note opportuniste dans le discours de Treilhard au Corps Législatif ; c'est d'un point de vue positif qu'il envisage la situation, et estime le divorce nécessaire, la France ne réalisant pas les conditions, pureté de mœurs et unité de culte, qui lui semblent indispensables

1. Fenet. IX. p. 257.

à l'introduction dans la loi du principe de l'indissolubilité.

Et cependant, à travers ces réserves, ces regrets, nous voyons déjà percer et reparaître, dans le discours même de Portalis, la tendance individualiste qui s'insinue, malgré tout, dans l'œuvre législative : « Quand une nation, dit-il, est formée, on a assez de peuple, l'intérêt de la propagation devient moins sensible ; *on s'occupe plus des douceurs et de la dignité du mariage que de sa fin* ; on cherche à établir un ordre constant dans les familles et à donner à l'amour un empire si réglé qu'il ne puisse jamais troubler cet ordre. » (1)

La réglementation du divorce se ressent alors de cette indétermination : le divorce par consentement mutuel est admis ; — c'est semble-t-il la consécration de la conception individualiste, — mais ce divorce est entouré de tant de formalités et de restrictions, qu'on y sent la préoccupation de le restreindre aux cas où les mésintelligences survenues entre les époux rendraient réellement la vie commune impossible. Treilhard le dit du reste expressément au Corps Législatif : « Le consentement dont il est question ne consiste pas dans l'expression d'une volonté passagère ; il doit être le résultat d'une position insupportable. » (2) Ainsi, si l'on peut relever dans le titre VI du Code de 1804 une tendance fâcheuse et que nous allons voir s'accentuer, on ne peut pas dire qu'une doctrine y soit formellement consacrée ; on y trouve plutôt une regret-

1. Op. cit. p. 29.
2. Fenet. IX. p. 478 et 479.

table transaction opérée entre les mœurs du siècle et la morale sociale, l'indissolubilité chrétienne et l'individualisme révolutionnaire.

Aboli en 1816 sur l'initiative de de Bonald, constamment repoussé par la Chambre des Pairs sous la monarchie de juillet, quoique voté quatre années consécutives par la Chambre des Députés, le divorce ne reprend sa place dans le Code qu'en 1884, après une longue campagne où la théorie individualiste du mariage fut vigoureusement soutenue et mise en pleine lumière par M. Naquet.

L'équivoque du « contrat civil » pouvait être exploitée contre le principe de l'indissolubilité. M. Naquet ne manqua pas d'en tirer parti : « Depuis 1789, disait-il au Parlement, le mariage est devenu chez nous un contrat civil ; il doit être susceptible de résolution, comme tous les autres contrats (1) ». Mais une telle conception est ruineuse pour le mariage et pour la famille. M. Naquet le sent très bien; mais, loin de l'effrayer, cette perspective l'attire, et il réclame le divorce, comme une étape dans la voie de l'union libre qui lui semble l'idéal à atteindre (2). Et parce qu'il voit surtout dans le divorce un moyen de ruiner la famille, il ne s'en tient pas à la revendication du divorce par consentement mutuel, qui est la conséquence logique de la thèse du contrat civil, il réclame le divorce par la volonté d'un seul. Grâce à ces facilités, les époux pourront désormais rompre les couples aussi aisément qu'ils les ont

1. Journal Off. 28 mai 1879. p. 4385, col. 3.

2. Là où la société monte, la famille baisse. (Naquet. Cité par Legrand. Le Mariage et les mœurs en France, p. 160).

formés, et rejeter le joug conjugal dès qu'il sera trop pesant à leurs épaules ; et ce premier pas une fois fait, en enlevant au mariage légitime la plupart de ses avantages, permettra de franchir de nouvelles étapes. « Si on admettait le divorce, dit M. Naquet, dans *Religion, Propriété, Famille*, l'institution du mariage serait tout à fait transformée, elle n'aurait plus l'avantage que lui reconnaissent ses partisans, elle manquerait à un des buts qui lui sont assignés par ces derniers, la garantie de protection donnée à la femme et aux enfants, cette protection n'étant possible dans le système du mariage actuel que par l'indissolubilité du lien conjugal ». (1)

Cette idée que le divorce doit être admis pour assurer aux époux le bonheur qu'ils ont vainement cherché dans une première union, que ce droit individuel au bonheur prime l'intérêt des enfants désormais relégué au second plan, nous la trouvons expressément affirmée par Alexandre Dumas à l'époque où il se plaça lui aussi dans les rangs des propagandistes du divorce : « Si nous leur devons beaucoup (aux enfants), nous ne leur devons pas pourtant l'anéantissement de toutes nos facultés, de toute notre vie intellectuelle et morale, Les enfants sont pour la loi des citoyens comme les autres. S'ils ont à réclamer, ils réclameront et justice leur sera rendue... Un article réglera leurs droits, comme dans les affaires sont réglés les droits des tiers porteurs et de tous les intéressés qui peuvent surgir. » (2)

1. Cité par Glesson. Le mariage civil et le divorce. 4e partie. Concl. p. 501.

2. Cité par Fonsegrive. Mariage et Union libre, p. 158.

On se tromperait, cependant, si l'on croyait que le rétablissement du divorce dans notre législation familiale a consacré le triomphe de ces théories subversives. Le projet de loi présenté par M. Naquet et amendé par la Commission, tel qu'il a été voté par le Parlement en 1884, est loin de s'inspirer de la thèse de l'union libre. Il fait au divorce une place modeste et restreinte. Comme les rédacteurs du Code, les législateurs de 1884 se sont placés sur le terrain de la pratique et se sont préoccupés surtout de donner à des situations exceptionnellement difficiles un remède qu'ils croyaient ne pas trouver suffisamment dans la séparation de corps. Aux adversaires de la loi qui rappelaient la triste expérience de 1792 et les périls de la conception du mariage-contrat civil, M. de Marcère, rapporteur, répondait qu'il ne s'agissait pas de recommencer l'aventure révolutionnaire, et que ce n'était pas sur un pareil terrain qu'on se plaçait : « Oui, disait-il dans la discussion à la Chambre des Députés, l'union de l'homme et de la femme est dans la nature des choses, et il est de l'essence du mariage qu'il soit indissoluble. Les sentiments qui portent à former ce contrat sont, de leur nature, durables ; le lien, dans la pensée de ceux qui le forment, les lie pour toujours. Ils prennent, l'un envers l'autre, des engagements, non pour un jour, mais pour la vie entière. Ils songent à créer une famille, à élever, à guider, à conduire dans la vie leurs enfants, destinés à leur survivre... Ces principes sont les nôtres (1) ».

Malgré le terme de « contrat » échappé à l'orateur, il est

1. Journal Officiel. 1882. p. 529, col. 2.

bien évident que nous ne sommes pas ici en présence de la théorie qui fait du divorce la conséquence logique et juridique du caractère contractuel du mariage. La loi du reste n'admet pas le divorce par consentement mutuel, même avec les précautions dont l'avaient entouré les rédacteurs du Code. Seules des causes déterminées, adultère, sévices et injures graves, condamnation infâmante encourue par l'un des conjoints, peuvent autoriser une demande en divorce.

Cependant remarquons-le, même avec ces restrictions, le divorce reflète une pensée individualiste et répond à une conception contractuelle du mariage. La loi a-t-elle, en effet, autorisé le divorce dans tous les cas où la vie commune était impossible ? Est-ce bien, comme nous l'indiquaient ses parrains, le remède aux situations de fait inextricables ? Il semble bien que non. D'autres évènements, en effet, que la loi a délibérément écartés comme causes de divorce, peuvent rendre impossible ou insupportable la vie commune, par exemple la folie incurable, l'absence, certaines infirmités graves et contagieuses. Pourquoi n'avoir pas prévu ces cas, si réellement le divorce était envisagé à un point de vue empirique et admis comme la solution d'un nœud gordien noué par les circonstances ?

Si nous nous reportons à l'énumération des causes admises par la loi, nous voyons que toutes supposent la faute d'un des conjoints, — que l'on a repoussé, au contraire, tous les cas où l'impossibilité pratique de la vie commune n'était imputable qu'aux circonstances, — et qu'ainsi c'est toujours la conception du mariage-contrat qui domine et informe la réglementation du divorce, et qu'en cette matière

le mariage a été traité à peu près comme le contrat synallagmatique « où la condition résolutoire est toujours sous entendue pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». (Art. 1184). Le divorce est donc admis comme la sanction des obligations réciproques ou particulières des époux : si l'un d'eux manque au devoir de fidélité par l'adultère, si par des sévices ou des injures graves, la femme manque à son devoir d'obéissance, l'homme à son devoir de protection, si l'un ou l'autre enfin, par un crime ou un délit de droit commun, se révèle comme indigne ou incapable de remplir son devoir de secours et d'assistance, alors le divorce pourra être demandé, et l'époux outragé pourra rompre ce contrat où son bonheur a sombré par la faute de son conjoint.

Nous retrouvons ici, plus caractérisée et plus frappante encore, cette hésitation, cette fluctuation entre la conception du lien naturel, indissoluble dans l'intérêt des enfants, et celle du contrat pouvant être rompu dans l'intérêt du bonheur des époux. L'idée du contrat, comme nous venons de le voir, semble l'emporter et prédominer ; c'est elle qui inspire la détermination des causes de divorce ; et cependant le législateur s'arrête à mi-chemin et n'ose aller jusqu'au divorce par consentement mutuel. Une fois de plus les dispositions du Code apparaissent comme un compromis.

La famille pourra-t-elle du moins, grâce à ce compromis, subir, sans en être ébranlée, l'application de la loi du divorce? Ici nous ne pouvons répondre qu'en jetant un coup d'œil sur l'interprétation jurisprudentielle de la loi.

Elle a, dans notre matière, une importance capitale, étant donnés surtout le vague et l'élasticité des expressions « injures graves » admises pour désigner un des cas de divorce. Et M. de Marcère, rapporteur de la loi, sentant toute la gravité de ce rôle de la jurisprudence, exprimait l'espoir, dans son discours de 1882, que le divorce saurait être contenu dans la stricte limite que lui assignait le législateur, par la sagesse des juges français à laquelle il faisait appel : « Ils complèteront, disait-il, cet enseignement de la loi ; ils sont maîtres des effets qu'elle peut produire dans les mœurs. Ils l'appliqueront dans l'esprit où elle a été faite et, loin de provoquer à la dissolution des mariages par des complaisances qui seraient un manquement à leurs devoirs, ils se montreront ce qu'ils doivent être, les défenseurs de la société et de la famille, et ne prononceront le divorce que dans les circonstances extrêmes pour lesquelles le législateur aura réservé un recours qui, à ses yeux mêmes, n'a rien de favorable. »

VII. — *L'application de la Loi du Divorce*

Une expérience de plus de vingt années nous permet de voir ce que sont devenues ces espérances ; elles ont été trompées du tout au tout et le germe d'individualisme que nous signalions dans la loi s'est développé d'une façon effrayante dans l'application qui en a été faite. La loi avait restreint le divorce pour éviter le retour des excès de la période intermédiaire et les tribunaux l'ont accueilli avec une faveur croissante : non seulement les ruptures du lien

conjugal ont augmenté dans des proportions considérables depuis 1884, mais le chiffre seul des divorces a atteint plus du double du chiffre des séparations de corps ; ce dernier était pour la période 1876-1880 de 3.264 ; les divorces prononcés en 1902 sont au nombre de 9.431 ; en 1903, de 10.186 ; en 1905, de 10.019. Et cette formidable augmentation ne provient pas seulement d'un malaise social qui multiplie les situations difficiles, celles auxquelles la loi voulait porter remède ; elle vient surtout de ce que des époux avides de changements ou supportant impatiemment les contrariétés éprouvées à leur foyer, ont voulu se servir du divorce comme d'un moyen commode pour satisfaire leurs impatiences ou leurs fantaisies.

« La seule idée du changement y provoque », a dit Auguste Comte. Nous pouvons constater, dans l'expérience que nous faisons de la loi du divorce, la parfaite justesse de cet aphorisme. « Avec la perspective de la rupture complète, absolue, tout, — comme le remarquait Mgr Freppel en 1885, — s'envenime ; le moindre dissentiment prend une importance considérable, et ce mot fatal de divorce, que la loi elle-même vient jeter aux oreilles de cet ouvrier, de ce cultivateur, qui n'y aurait jamais pensé sans ce piège tendu à sa faiblesse par le législateur lui-même, ce mot d'abord accueilli timidement, mais qui, peu à peu, produit son effet, ce mot, avec lequel on s'accoutume, avec lequel on se familiarise, devient le signal de la dissolution irrémédiable de la société domestique (1) ». La faculté de

1. Annuaire de la Société de Législation comparée. 1885. p. 165. note 1.

divorcer inscrite dans la loi devait être et est effectivement une tentation permanente pour les époux engagés dans des liens qui les blessent : « Pour qu'ils restent attachés à leur fonction, encore faut-il qu'ils sentent que c'est pour eux un devoir strict. Et comment auraient-ils ce sentiment, si la loi, interprète de la conscience publique, les encourage au contraire à s'y dérober, en leur permettant de le faire dès qu'ils en ont la volonté? (1) »

Les partisans modérés de la loi avaient espéré qu'en sanctionnant par le divorce les obligations des époux l'un envers l'autre, on moraliserait le mariage : c'est tout le contraire qui s'est produit. L'égoïsme des conjoints, insoucieux de leur propre dignité comme de l'intérêt de leurs enfants, les a poussés à commettre les manquements prévus par loi, afin de provoquer une demande en divorce. D'autre part, de plus en plus, grâce aux complaisances des tribunaux, le mariage devient aisé à rompre. On s'oriente délibérément vers la conception du contrat privé, et, en dépit des précautions de la loi, nous sommes à l'heure actuelle, dotés d'un de ses corollaires logiques : le divorce par consentement mutuel (2).

Un rapide coup d'œil sur les cas dans lesquels les divorces sont prononcés suffira à nous convaincre de ce double danger.

Dans la période 1881-1885 il y eut 546 adultères poursuivis devant les tribunaux ; dans la période quinquennale

1. Durkeim. Revue Bleue 5 mai 1906.

2. M. Emile Faguet écrivait à la fin de 1902 : « Les neuf dixièmes des divorces prononcés annuellement sont des divorces par consentement mutuel déguisé ».

suivante, ce chiffre monta brusquement à 938, pour s'élever à 1143 en 1896-1900. Qu'un certain nombre de ces adultères n'aient pas été réellement commis, c'est possible; mais si nous admettons l'hypothèse d'une simulation concertée, la situation, pour être moins fâcheuse, n'en est pas moins grave, puisque nous en arrivons au divorce par consentement mutuel. Et il en est tellement ainsi, que d'ingénieux industriels ont pu tirer parti de ces déplorables tendances ; et de récents procès nous ont révélé l'existence d'agences organisées pour des comédies d'adultères, ou tenant des filles à la disposition des épouses pour inciter le mari à violer le devoir de fidélité conjugale !

Quant aux sévices et injures graves, nous pouvons constater depuis la mise en vigueur de la loi sur le divorce une effrayante augmentation. En 1876 il y avait 3.095 séparations basées sur ces causes. En 1894 le chiffre des demandes en divorce et séparation provoquées par les mêmes faits s'élevait à 10.347 pour passer à 10.680 en 1897, et à 13.246 en 1903. Une pareille proportion ne peut s'expliquer que par une double cause : d'abord les violences calculées fréquemment exercées par le mari, dans les milieux ouvriers surtout, pour amener sa femme à demander le divorce, — ensuite l'extension abusive du terme « injures graves » que les législateurs avaient entendu dans le sens de paroles injurieuses et que, de plus en plus, la jurisprudence tend à appliquer à tout fait injurieux. On est arrivé par ce dernier procédé à supprimer toute limitation et à laisser les causes de divorce entièrement livrées à l'arbitraire des juges. Et c'est ainsi que nous avons pu voir des divorces prononcés pour des

motifs relativement futiles par exemple sur le simple refus du mari de recevoir les parents de sa femme (1), ou de laisser renvoyer un domestique impoli. Un fait surtout, l'abandon du domicile conjugal, admis par la jurisprudence comme cause de divorce, a permis aux époux d'arriver aisément à un divorce par consentement mutuel ; et c'est aujourd'hui le procédé le plus simple et le plus fréquemment employé pour rompre le mariage, lorsque les époux décidés à cette rupture n'ont aucun motif avouable de la demander.

Et, de cette facilité à dénouer les liens du mariage, il ne faut point accuser seulement les mœurs, et répéter encore une fois le « *Quid vanœ leges sine moribus* ? » si commode pour excuser la faute ou l'inaction du législateur. En réalité c'est le législateur et la jurisprudence qui sont l'un et l'autre responsables de la crise sociale causée par la multiplication des divorces, — le législateur, par l'imprévoyance coupable qu'il a apportée dans la vague et imprécise détermination des cas de divorce ; la jurisprudence, par la déplorable facilité avec laquelle elle a accueilli, encouragé et favorisé cette institution dissolvante.

Car les chiffres sont là pour montrer que le juge français, très porté d'une manière générale à accueillir les demandes de rupture du lien conjugal, se montre plus large encore et plus facile pour prononcer le divorce que pour prononcer la séparation de corps. On admettait, en effet, en 1885, 72 0/0 des demandes en séparation et 84 0/0 des demandes en divorce ; ces proportions s'élèvent respectivement à 75 0/0 et 86 0/0 en 1894

1. Cass. 30 nov. 1898. D. 99. I. 558.

— à 86 0/0 et 91 0/0 en 1901. Ces chiffres, en même temps qu'ils nous montrent une faveur marquée pour le divorce, par comparaison avec la séparation de corps, soulignent avec netteté la tendance de plus en plus prononcée chez la justice à n'opposer presque aucune résistance aux demandes de dissolution des unions conjugales. L'époux qui s'adresse à elle aujourd'hui pour dénouer le lien conjugal ne court à peu près aucun aléa. Dans plus de neuf cas sur dix sa demande sera admise et son vœu réalisé.

La loi de 1884, dans un but de haute moralité, et pour éviter la multiplication des adultères, avait inscrit dans l'article 298 l'interdiction pour l'épouse coupable d'épouser son complice, une fois le divorce prononcé. La plupart des tribunaux laissèrent tomber en désuétude cette disposition, et, en s'abstenant de nommer dans leurs jugements le complice de l'adultère, réservèrent ainsi au conjoint divorcé la possibilité d'une union formellement interdite par la loi. On alla même plus loin : « Cependant, dit en effet M. Morizot-Thibault, l'on nommait quelquefois les complices, et lorsque les femmes divorcées voulurent les épouser, on vit d'anciens maris présenter les jugements à l'officier de l'état-civil et s'opposer à ces unions. Mais on dénia à ceux-ci le droit d'intervenir. La jurisprudence décida qu'ils n'avaient pas le droit d'opposition, car la loi ne le leur avait pas formellement concédé. La belle disposition légale resta lettre morte. » (1) Aussi la loi du 15 décembre 1904, qui abrogea l'article 298, ne fut-elle qu'une simple constatation; elle se borna à enregistrer la chute préparée par l'interpré-

1. La femme et le divorce, p. 18.

tation jurisprudentielle d'une des barrières qui pouvait encore s'opposer à l'extension du divorce.

A ces complaisances se sont jointes les facilités d'une procédure que la loi de 1886 a simplifiée, en substituant à l'enquête faite à l'audience, qui présentait des garanties sérieuses pour les parties, l'enquête devant un seul juge, plus rapide, mais moins sûre. Dans les instances où l'un des conjoints fait défaut, cette dernière garantie même disparaît. Et la multiplication de ces jugements par défaut qui dénouent en quelques minutes, sur des renseignements de source douteuse, le lien matrimonial montre suffisamment avec quelle légèreté on envisage à l'heure actuelle ces destructions de foyer qu'entraîne fatalement chaque prononcé d'un divorce.

De cette situation à l'admission officielle du mutuel dissentiment comme cause de divorce, il n'y a qu'un pas à franchir, et déjà un tribunal, qui s'est acquis du reste un certain renom par la hardiesse dont il fait preuve dans l'interprétation des lois, n'a pas hésité à le faire. Les jugements rendus par le tribunal de Château-Thierry le 12 décembre 1901 (1) et le 4 février 1903 (2) ont fait assez de bruit, à leur époque, pour qu'il suffise de citer ici un des motifs les plus caractéristiques du premier : « Attendu d'ailleurs que les parties sont d'accord pour demander que le lien matrimonial soit rompu ; que si le divorce par consentement mutuel n'est pas encore inscrit dans la loi, le tribunal, pour bien apprécier la situation respective des

1. France Judiciaire 23 fév. 1901.
2. Gazette des Tribunaux 23 fév. 1903.

époux, ne doit pas moins tenir le plus grand compte de cette volonté, *deux êtres ne pouvant être malgré eux enchaînés à perpétuité l'un à l'autre.* »

Que demain des attendus pareils se multiplient, que l'exemple du tribunal de Château-Thierry soit suivi et, en l'état des tendances actuelles de la jurisprudence, il serait logique, sinon légal, qu'il le soit, et nous nous trouverons dotés d'un divorce qui ne sera plus l'opération chirurgicale consentie à regret dans les cas exceptionnellement graves, mais le procédé commode dont voudront user et abuser tous les ménages en mal de changement, et tous ceux dont l'humeur inconstante ne saurait s'accommoder de l'indéfectible fidélité du mariage indissoluble.

Et l'expérience faite, si claire malgré le temps relativement bref qu'elle a duré, nous démontre suffisamment combien il est difficile de faire au divorce sa part, et combien les passions et les défaillances humaines savent profiter du moindre joint dans l'économie d'une loi pour ruiner les précautions prises et faire du divorce le plus scandaleux abus. La famille légale « a reçu le coup fatal le jour où le législateur a dû enregistrer les cas où elle pouvait être dissoute » a écrit l'écrivain anarchiste Jean Grave (1). Chaque année nouvelle apporte une confirmation de plus de l'exactitude de ce jugement.

L'attitude hésitante des législateurs, l'absence d'une doctrine vraiment sociale sur le mariage n'ont pas permis d'opposer au débordement d'égoïsme individuel qui inspire la plupart des divorces, la barrière de l'indissolubilité

1. La Société future, p. 332.

absolue imposée par la loi dans l'intérêt des enfants. Unis pour toujours, et unis non par la chaîne pesante d'un esclavage odieux, mais par la nécessité d'assurer dans un commun dévoûment l'éducation et la vie des êtres nés de leurs œuvres, les époux eussent mieux compris et le sérieux du mariage, et sa portée sociale, et la tâche désintéressée qu'il exige. Ils se fussent un peu moins cherchés eux-mêmes dans le mariage et, en s'attachant moins à la poursuite de leurs satisfactions personnelles, en sachant supporter plus patiemment les contrariétés qui peuvent survenir dans le cours prolongé de la vie commune, ils auraient sans doute fait l'expérience que c'est dans cet oubli d'eux-mêmes que se trouvait la source la plus sûre du véritable bonheur, celui qui réside dans l'accomplissement du devoir et dans la soumission à la loi morale.

Ce sont là sans doute des matières qui échappent aux précisions mathématiques, et où une démonstration rigoureuse de la loi énoncée ne saurait être fournie. Et cependant les intéressantes observations faites par M. Durkeim à propos de la fréquence des suicides semblent apporter à notre doctrine une confirmation partielle. Après avoir en effet constaté dans des statistiques minutieusement établies, la corrélation étroite qui existe entre la multiplication des divorces et celle des suicides, l'éminent écrivain conclut : « Il reste donc acquis que le mariage est susceptible d'exercer, surtout sur le sexe masculin, une influence morale qui profite aux individus eux-mêmes ; car elle les attache davantage à la vie, tandis que, contrairement à ce qu'on pouvait prévoir *a priori*, ils s'en déprennent davantage,

quand il leur est plus facile de rompre les liens conjugaux. Or cette heureuse influence se fait d'autant moins sentir que le divorce est plus largement pratiqué. C'est qu'en effet le mariage, par la règle à laquelle il soumet les passions, donne à l'homme une assiette morale qui accroît sa force de résistance. En assignant aux désirs un objet certain, défini, et en principe invariable, il les empêche de s'exaspérer à la poursuite de fins toujours nouvelles, toujours changeantes, qui lassent, aussitôt atteintes, ne laissant derrière elles que fatigues et désenchantements. » (1)

En tous cas, il convenait que la loi rappelât aux époux que, même lorsqu'une de ces douloureuses catastrophes qui rendent la vie commune impossible venait à se produire, ils devaient encore, dans la séparation que leur imposaient les circonstances, rester fidèles à la famille ainsi divisée, et ne pas céder à la tentation d'en fonder une nouvelle.

Certains auteurs ont beaucoup protesté contre le célibat forcé qu'entraînait la séparation de corps : c'était, disaient-ils, imposer aux époux des obligations plus lourdes qu'ils n'en pouvaient porter et les pousser presque fatalement aux unions irrégulières ; au nom de la moralité elle-même, le divorce s'imposait donc. Singulier raisonnement ! Ces auteurs croient-ils en vérité que les formes légales suffisent à établir devant la loi morale la légitimité d'une union, et si un second mariage contracté alors que le premier n'a pas été dénoué par la mort d'un des conjoints, doit être mora-

1. Revue Bleue 5 mai 1906. Le Divorce par consentement mutuel.

lement considéré comme un adultère, perdra-t-il ce caractère parce qu'un geste de l'officier de l'état-civil aura présidé à son accomplissement ! « J'ai toujours trouvé, remarque M. Boistel, une pénétrante senteur de naïveté dans l'argument qui tend à prévenir l'inconduite des époux en leur permettant de se remarier : on supprime l'immoralité des unions irrégulières, en mettant d'un trait de plume dans la loi que dorénavant elles seront régulières. On satisfait la morale à bon marché. » (1)

Sans doute la séparation de corps rend plus difficile l'éducation des enfants, mais elle n'empêche pas les époux séparés de collaborer encore par dessus leurs mésintelligence à cette tâche primordiale ; le divorce, au contraire, en leur permettant de créer de nouveaux foyers, porte ailleurs leurs soucis et sacrifie les enfants de la première union en consacrant son irrémédiable rupture. On a voulu contester cette conséquence et l'on a dit que ce qui faisait le malheur des enfants c'était non la rupture légale, mais la rupture de fait, et, qu'à maintenir les époux dans le régime anormal de la séparation de corps, l'on risquait de nuire davantage encore à la moralité des enfants en les rendant témoins de relations adultères et de naissances illégitimes. Là encore les faits se sont chargés de fournir une réponse douloureusement concluante ; nous avons vu la progression inquiétante des adultères après la loi de 1884 ; nous pouvons faire une constatation analogue à propos des naissances illégitimes. Leur proportion pour 100 naissances oscille entre 7.46 et 6.96 de 1870 à 1884 ; en 1883, à la veille

1. Cours de Philosophie du Droit p. 47.

de la loi du divorce elle est de 7 09 ; au lendemain, en 1886, elle monte brusquement à 8.17, et s'est maintenue depuis entre 8.05 et 9.15. Elle était de 8.83 en 1900, de 8.21 en 1901, de 8.76 en 1902. Nous avons ainsi sous les yeux un échantillon de plus de la prétendue action moralisatrice du divorce, et nous pouvons conclure que ce régime de la séparation de corps, traité d'inhumain et d'immoral, était encore la meilleure sauvegarde et de l'avenir des enfants et de la dignité même du mariage, et qu'il eût été sage et prudent de s'en tenir là.

Nous avons constaté la faveur dont la jurisprudence fait preuve à l'heure actuelle à l'égard du divorce, faveur qui la conduit à enregistrer purement et simplement la plupart des conversions de séparation de corps en divorce, au lieu de les juger [1], et qui lui fait admettre 91 0[0 des demandes en divorce. Rapprochons maintenant cette constatation de ce fait que, par suite de l'extension du sens donné aux mots « injures graves » toute limitation des cas de divorce se trouve pratiquement abolie, et nous pourrons conclure sans la moindre exagération que notre législation matrimoniale est tout proche de la conception du contrat privé. On peut dire qu'il n'y a presque plus aujourd'hui, en France, de ménages qui, désireux de divorcer pour un motif quelconque, trouvent dans nos lois un obstacle sérieux à la réalisation de leur désir. Rien de plus aisé que d'inventer un cas d'injure grave, rien de plus simple que de trouver un tri-

1. Un projet de loi, déjà voté par la Chambre des Députés le 24 janvier 1907, consacre législativement cette jurisprudence et décide que désormais la conversion sera de droit à la demande d'un seul des époux, fût-ce le coupable.

bunal disposé à l'admettre. Et pour peu qu'on continue dans cette voie de simplification, il sera moins difficile de rompre un mariage que d'en contracter un. C'est le triomphe de l'individualisme.

VIII. — *La Réforme du Mariage et l'Union libre*

Il se trouve cependant encore des écrivains qui jugent trop lente cette évolution du mariage, qui la veulent à la fois plus rapide et plus radicale. Quelques uns réclament immédiatement l'union libre ; d'autres, plus modestes, se contenteraient comme première étape, de l'élargissement du divorce. Les uns et les autres envisagent le mariage comme une association librement consentie où nulle contrainte légale ne doit peser sur les conjoints, qui ont le droit d'y chercher et d'y trouver leur bonheur.

A ces novateurs, la conception du mariage-contrat civil, que tant d'auteurs ont dénoncée comme ruineuse et antisociale, ne suffit même plus. Et en effet, si le mariage-contrat entraîne logiquement l'établissement du divorce par mutuel consentement, il ne permet pas d'aller plus loin et l'accord de volontés doit être au moins exigé pour rompre le lien matrimonial qu'il a formé. Or une pareille exigence semble insupportable aux défenseurs du « mariage libre ». Maintenir dans les liens du mariage un des époux malgré lui par la seule volonté de l'autre leur semble un honteux esclavage et une immoralité. Pour soutenir leur thèse du divorce unilatéral, ils attaquent à leur tour la théorie du contrat civil et, s'emparant des hésitations du Code qui re-

garde bien le mariage comme un contrat, mais comme un contrat d'une nature spéciale, ils prétendent y substituer la théorie du contrat moral.

Lorsque le mariage, en effet, est envisagé au point de vue individualiste et que l'on se refuse à y considérer en première ligne l'intérêt des enfants, il apparaît comme une union créant entre deux personnes des devoirs réciproques de l'accomplissement desquels doit dépendre le bonheur de leur vie. Or, de quelle nature sont ces devoirs? Ce sont, pour la plupart, des devoirs moraux : devoirs d'assistance, de secours, de fidélité, dont l'inaccomplissement mutuel rendrait intolérable le devoir matériel de cohabitation. Quelle prise peut avoir la loi sur de semblables obligations? Elle peut contraindre la femme *manu militari* à réintégrer le domicile conjugal : elle peut traîner devant les tribunaux l'épouse coupable d'adultère, elle peut condamner au paiement d'une pension alimentaire celui qui se refuse au devoir de secours. Mais la contrainte légale en ces matières est affligée d'une double infirmité : elle ne peut contraindre à l'accomplissement intégral du devoir qu'elle sanctionne : et ce qui pourra en être accompli sous sa pression le sera mal. La femme contrainte à résider avec son mari ne pourra pas être contrainte aux relations conjugales; — la condamnation pour adultère ne réparera pas le trouble causé par l'infidélité de l'époux ; — le paiement d'une pension annuelle ne remplacera ni l'assistance ni le secours quotidiens. Et en dehors de ces manquements graves et apparents que la loi peut punir, il est tout un ordre de faits et d'attitudes qui échappent à son appréciation et qui

peuvent empoisonner la joie de la vie commune. Seuls les époux eux-mêmes peuvent être juges du moment où leur conjoint est en faute et où la communauté de vie, manquant son but, est désormais une source de chagrins et de tristesses ; c'est donc à la discrétion d'un seul que la faculté du divorce doit être remise.

Etant donnée la nature de ces prestations morales que se doivent réciproquement les époux, seul un consentement persistant de chacun des deux doit pouvoir assurer la continuation du mariage. « Il n'y a pas de mariage, dit la loi (art. 146), lorsqu'il n'y a pas de consentement. Consentement jailli du cœur, renaissant de lui-même tous les jours de la vie ; manifestation renouvelée, permanente, de la volonté d'être unis (1) ». La personne est inaliénable : c'est à ce principe révolutionnaire qu'il faut encore revenir. Et le mariage, entraînant avec lui non pas une série déterminée d'actes matériels et tangibles, mais un don volontaire et constant de soi, il faut reconnaître à chaque époux, si l'on veut à la fois respecter ses droits et sauvegarder sa liberté, le droit de se reprendre à chaque instant par la seule expression de sa libre volonté.

Ces déductions, irréfutables, si l'on en admet le point de départ, c'est-à-dire le caractère de contrat civil du mariage, nous en démontrent suffisamment la fragilité, et en constituent, à notre avis, la meilleure réfutation : « Si le mariage n'est qu'un contrat civil, il en résulte cette conséquence où éclate la contradiction : il ne ressortit à la loi civile que pour réclamer vis-à-vis de cette loi une indépen-

1. P. et V. Margueritte. L'élargissement du divorce, p. 7.

dance absolue ; il ne lui ressortit donc qu'à la condition de lui échapper (1) ».

Quoi qu'il en soit, tel est bien le sens de l'argumentation actuelle des partisans de l'élargissement du divorce et notamment de MM. Paul et Victor Margueritte qui, pour couronner la campagne de librairie et de presse qu'ils ont menée en faveur de leur thèse, ont fait déposer le 18 octobre 1902 par M. Gustave Rivet sur le bureau de la Chambre des députés, une pétition en faveur du divorce unilatéral : « Il appartient, disait la pétition, à une Chambre républicaine, en rétablissant le divorce par consentement mutuel et par la volonté persistante d'un seul, quitte à prononcer les garanties d'exécution que sa sagesse lui inspirera, de rendre au mariage, association librement consentie, librement dénoncée, une dignité que le divorce actuel compromet, et, à l'individu, l'exercice d'une liberté qui, de par l'essence même de la loi, de par les plus légitimes aspirations humaines, est inaliénable ». Le ton de cette pétition fait saillir avec évidence l'individualisme qui est à la base de cette conception ; et par là on peut dire que la modification proposée, si profonde et si révolutionnaire qu'elle paraisse, ne ferait qu'accentuer l'évolution régulière du mariage, en accélérant le développement du germe individualiste que nous avons relevé dans l'œuvre des législateurs de 1804 et 1884.

Et en effet, une fois admise, la conception du mariage-plaisir, du mariage où les époux ont le droit absolu de « vivre leur vie » au sens égoïste que donnent à ce mot

1. Fonsegrive. Mariage et Union libre, p. 255.

les protagonistes du divorce, il est bien difficile de ne pas glisser sur la pente dangereuse de l'individualisme à outrance. Forcément on doit être amené à reconnaître aux époux seuls le droit d'établir le bilan des peines et des joies rencontrées dans le mariage, et la pleine liberté de se retirer après une estimation qu'eux seuls ont compétence et qualité pour faire ; forcément on doit se dire en présence d'une situation « qui ne relève que de la liberté de l'amour et de l'affection ».

Le projet de loi proposé par les frères Margueritte demande la prononciation du divorce : 1° par consentement mutuel ; — 2° par la volonté d'un seul avec causes déterminées ; — 3° sans causes déterminées, par la volonté d'un seul, avec, dans ce dernier cas, des délais imposés pour laisser le temps de mûrir la décision prise. En d'autres termes, et en dégageant des formes de procédure l'économie de ce projet, le mariage pourra se dénouer dès qu'un des deux conjoints le voudra et sans qu'il ait à fournir de ce désir, de cette fantaisie ou de ce caprice, une raison plausible. L'union qui constituait l'armature et le cadre de la famille ne sera plus l'institution sociale protégée par la loi ; elle sera laissée à la discrétion des époux libres de la briser comme si elle ne constituait qu'une association ordinaire et que sa dissolution n'intéressât ni les enfants qui en sont nés, ni la société tout entière dont elle forme la molécule première.

Nous retrouvons la même inspiration dans la proposition Morlot sur l'élargissement du divorce, déposée à la Chambre des députés le 15 décembre 1905, qui, d'une

simplicité moins brutale, aboutirait à des résultats identiques par la multiplicité des cas de divorce admis, au nombre desquels on a rangé « l'aversion profonde et invincible de l'un des époux pour l'autre, » ce qui dispensait vraiment de la trop longue et fastidieuse énumération des autres cas.

S'il arrive, comme c'est probable, que ces propositions prennent un jour place dans nos lois, les dispositions du Code sur le mariage deviendront inutiles ; la cérémonie civile disparaîtra ; on ne sera plus uni au nom de la loi ; une simple déclaration à l'état-civil satisfera le droit de contrôle de la société. Il deviendra dès lors superflu d'énumérer les devoirs réciproques des époux : une semblable énumération n'aurait que l'intérêt d'une déclaration de principe, toute platonique, ces obligations étant désormais dépourvues d'une sanction efficace. Le titre traitant de la dissolution du lien matrimonial pourra se borner à un article prescrivant une nouvelle déclaration à l'état-civil de l'expression de la volonté unilatérale qui le produit. Le mariage aura disparu pour faire place à l'union libre.

Ces déductions logiques ont été déjà concrétisées en un projet de loi par le Comité de Réforme du Mariage dont les travaux se poursuivent encore à l'heure actuelle et où magistrats, juristes et littérateurs collaborent pour la rénovation des dispositions surannées du Code en matière matrimoniale. Dans le courant de janvier 1906, le Comité a voté la disposition suivante qui marquera sans doute la prochaine étape législative dans la voie de l'Union Libre :

« Le mariage est un contrat *d'ordre privé*. Il est formé

par tout acte d'où résultent l'identité des contractants et leur volonté de s'unir. Ce contrat, pour avoir des effets civils et une date certaine, doit être constaté par une transcription sur les registres de l'état-civil ».

« Une transcription ! » Voilà à quoi se réduira demain le mariage aux yeux de la loi ; transcription qui n'est pas même exigée, mais que l'on conseille aux époux comme devant donner une date certaine et des effets civils à leur union. Le mariage tombe ainsi un peu au-dessous des contrats civils : la plupart ne peuvent se dissoudre que par le mutuel dissentiment, le mariage succombera à la volonté d'un seul ; la plupart sont faits pour une durée déterminée, le mariage ne comportera aucune prescription engageant l'avenir : les époux gardent la faculté de le rompre dès le lendemain de la noce.

Plus récemment encore, en mai 1906, le même Comité votait les dispositions suivantes sur le divorce qui complètent harmonieusement celles que nous venons de citer sur le Mariage.

Art. 36. — L'un des époux peut faire prononcer le divorce pour incompatibilité d'humeur ou de caractère sur une déclaration réitérée de six mois en six mois pendant deux ans.

Art. 37. — Les causes que peuvent invoquer les époux demandeurs et qui, reconnues fondées, rendent le divorce obligatoire, sont : 1° l'adultère ; 2° la condamnation à une peine afflictive et infamante ; 3° la condamnation à une peine correctionnelle dans le cas de vol, escroquerie, abus de confiance ; 4° l'abandon volontaire du domicile conjugal pendant deux ans ; 5° l'aliénation mentale de l'un des époux ayant entraîné son internement et son interdiction ; 6° l'ivro-

gnerie invétérée, les maladies vénériennes graves et l'impuissance.

A peu de choses près c'est, comme on le voit, le projet des frères Margueritte. Une fois ces dispositions adoptées, il suffira d'une modification insignifiante portant abrogation de quelques textes pour en venir à l'union libre. Déjà plusieurs écrivains la réclament avec instance, tracent des tableaux séduisants de la société future affranchie du mariage, où les couples librement formés au hasard des circonstances ne connaîtraient aucun obstacle légal à la satisfaction de leur passion, et où tous les devoirs et toutes les responsabilités de ces unions seraient rejetés, y compris les enfants dont la pratique de l'avortement, désormais impunie, suffirait à débarrasser la mère. (1)

Ce serait la dernière étape, parce que ce serait la fin de la protection de la famille par la loi. On avait voulu au moment de la rédaction du Code « s'occuper plus des douceurs et de la dignité du mariage que de sa fin ». Nos législateurs ont perdu de vue l'impérieuse nécessité qui s'imposait à eux de ne légiférer sur le mariage qu'en respectant au contraire son but et sa raison d'être ; ils se sont préoccupés plus encore d'assurer aux époux la satisfaction des désirs qu'ils pouvaient y apporter que l'accomplissement des devoirs qu'ils y assumaient ; ou du moins par leurs textes hésitants et imprécis, ils ont permis la rupture des liens qui attachaient indissolublement l'homme et la

1. « Nous revendiquons avec simplicité le droit officiel à l'avortement ». Joseph Renaud. La faillite du mariage et l'union future, p. 204. Paris. 1899.

femme, dans une vie commune de dévoûment désintéressé, à la tâche de procréer, d'élever, de former à la vie leur progéniture. Cette hésitation, cette conception fausse, ces demi-mesures ont été fatales au mariage et les résultats acquis permettent déjà de prévoir que, par suite de cette déviation, le but même que l'on se proposait d'atteindre aura été manqué et que l'indépendance absolue des époux, en laissant le champ libre à toutes les brutalités de l'égoïsme, compromettra et la dignité et la douceur du mariage, en se retournant en fin de compte contre « les plus faibles », dont les partisans du divorce ont si maladroitement cru défendre la cause.

CHAPITRE III

Les Rapports entre époux

La société conjugale formée de l'homme et de la femme unis par les liens du mariage est, nous l'avons dit, le commencement de la société familiale. Elle a un but social extérieur à elle : la procréation et l'éducation des enfants ; mais pour arriver à ce but même, il est nécessaire qu'à l'union légale corresponde une union aussi intime que possible des cœurs, des pensées et des intérêts. D'ailleurs les enfants peuvent ne pas naître, ils peuvent s'éloigner du foyer avant que la mort ait rompu le lien conjugal et il importe qu'en toute hypothèse les époux, quelque désintéressé que soit le but qu'ils ont poursuivi dans le mariage, puissent trouver dans leur association, dans le mutuel appui qu'ils se prêtent un moyen de « vivre leur vie » d'une façon utile, bonne... et heureuse s'il se peut.

Les facteurs de cette union sont essentiellement d'ordre moral ; la loi peut toutefois y contribuer, dans une certaine mesure, par les règles et les sanctions qu'elle édicte. Aussi devons-nous examiner comment le Code a compris la so-

ciété conjugale et comment il a envisagé les devoirs réciproques qu'elle entraîne, la discipline qui lui est nécessaire, les relations pécuniaires qu'elle établit.

I. — *Les devoirs réciproques des époux*

Les devoirs réciproques sont à la base de la société conjugale : ils en sont la caractéristique. Tandis que dans un ménage uni la discipline peut n'avoir que rarement l'occasion de s'exercer, que dans certains cas les relations pécuniaires peuvent être réduites à un insignifiant minimum, les devoirs réciproques du mari et de la femme sont de tous les instants : leur inobservation ruinerait le mariage.

Aussi le Code les énumère-t-il en tête du chapitre consacré aux droits et devoirs des époux : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance », dit l'article 212. L'article 214 y joint le devoir de cohabitation, condition nécessaire de l'accomplissement des autres devoirs. Ainsi vivre l'un auprès de l'autre, et annoblir cette union matérielle par une fidélité qui, poussant jusqu'au bout le principe monogamique, fonde dans la constance et l'exclusivité de l'amour conjugal l'union du couple et l'unité de la famille ; se porter assistance et secours, c'est-à-dire réaliser activement cette union dans l'aide mutuelle que chacun est tenu d'apporter à l'autre de sa personne et de ses biens, telles sont les obligations très étendues que, dans la brièveté et la sècheresse de ses formules, le Code reconnaît à la charge des époux.

Cette énumération est-elle complète ? On l'a pensé longtemps ; et il faut, pour en trouver une critique, arriver jus-

qu'aux récents débats qu'a soulevés dans la presse la proposition, adoptée par le Comité de Réforme du Mariage sur l'initiative de M. Paul Hervieu, d'adjoindre à ces obligations celle de « l'amour ».

L'amour dans le mariage ! Rien de plus naturel au premier abord qu'une semblable proposition. C'est certainement la première des obligations des époux que de s'aimer, celle qui embrasse toutes les autres et en facilite l'accomplissement. Sans l'amour les obligations de cohabitation, de fidélité, de secours et d'assistance deviennent des devoirs austères, pénibles à remplir, souvent imparfaitement remplis. Et si la société conjugale repose d'abord sur une union, la plus intime et la plus parfaite de celles qui puissent exister sur terre, quel facteur moral, quelle puissance pourra mieux que l'amour cimenter cette union? Loin donc d'apparaître comme une motion extraordinaire par sa nouveauté, la proposition Hervieu suscita un geste d'étonnement, tant l'obligation d'amour paraissait admise implicitement dans le mariage, sans qu'on eût besoin de la rappeler.

Aussi bien n'est-il pas nécessaire de plaider la cause de l'amour dans le mariage. Mais l'amour dans le Code ! C'est ici que les termes semblent jurer et que l'opportunité d'une adjonction paraît hasardeuse.

Qui dit amour en effet dit quelque chose d'essentiellement moral, dont les nuances variées à l'infini échappent non seulement à tout texte législatif, mais même à toute appréciation d'un tiers. Jusqu'où s'étendra l'obligation de l'amour ? A quel point un conjoint sera-t-il réputé en règle

avec la loi ? Se contentera-t-on de cette tendresse calme et raisonnable qui puise sa source moins dans une inclination naturelle que dans un sentiment d'estime et dans une conscience nette du devoir ? ou exigera-t-on l'amour passionné ?

A quelles déclarations ajoutera-t-on foi ? A celles de l'époux qui se plaint et qui peut-être se méprend sur les sentiments de son conjoint, ou aux protestations de celui-ci qui peuvent n'être que feintes ?

Il suffit de poser ces questions pour montrer combien l'obligation de l'amour édictée par la loi resterait nécessairement platonique et dépourvue de toute sanction. Si l'on écarte en effet les interprétations qui prêtent à des plaisanteries faciles et à des gauloiseries d'un goût douteux, on en arrive à n'envisager dans l'amour qu'un élément exclusivement moral, qui échappe à toutes prescriptions juridiques. Et il en est tellement ainsi que, par une contradiction véritablement étonnante, les partisans de l'amour dans le Code sont ceux-là mêmes qui, relevant comme seuls primordiaux et essentiels les éléments moraux de l'union conjugale, en déduisaient l'incompétence du Code à réglementer les conditions de cette union et réclamaient en conséquence le mariage libre, en attendant l'union libre. En cela du moins ils raisonnaient juste et logiquement : leur erreur était de méconnaître le caractère social du mariage ; mais c'est à bon droit qu'ils dénonçaient l'inhabileté de la loi à réglementer des rapports d'ordre purement moral et l'erreur que l'on commettrait en voulant étendre son action à un domaine où son impuissance radicale est évidente. Mais

ce faisant, ils ruinaient par avance l'argumentation dont ils se servent aujourd'hui pour introduire dans le Code l'obligation de l'amour.

Inutile, cette adjonction pourrait en outre devenir dangereuse. Avec la tendance que nous avons constatée au chapitre précédent chez la jurisprudence, de sanctionner par la possibilité du divorce tout manquement grave aux devoirs réciproques des époux, il est bien certain que l'allégation d'absence d'amour par un des conjoints fournirait un prétexte trop fréquent et trop facile de rompre le lien conjugal. Il serait à craindre que, dans l'incapacité où elle se trouverait la plupart du temps de vérifier par elle-même la réalité et la gravité d'un grief de ce genre, la justice ne s'en rapportât trop complaisamment aux dires des époux. Un nouveau motif de divorce et un motif d'un vague et d'une étendue redoutables, telle est la seule conséquence pratique que l'on puisse découvrir à l'adoption de la motion Hervieu. C'en est assez pour nous la faire rejeter, car elle accentuerait encore le caractère de contrat privé que l'on veut infliger au mariage et qui aboutit à n'y considérer que le bonheur bien ou mal entendu des époux.

Tenons-nous donc à l'énumération traditionnelle du Code et, reprenant les devoirs de cohabitation, fidélité, secours et assistance, voyons comment le Code en a organisé la réciprocité.

II. — *Le devoir de cohabitation*

« La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est

obligé de la recevoir ». Cette énonciation du devoir de cohabition par une double formule, l'une relative au mari, l'autre à la femme, semble créer entre eux une inégalité que plusieurs auteurs ont jugée critiquable. En réalité cette impression provient moins d'une inégalité injustement introduite dans le devoir de cohabitation, égal pour les deux conjoints, que d'une confusion faite par notre article entre ce devoir réciproque et l'un des attributs de l'autorité maritale : le choix de la résidence. Avouons du reste qu'il était difficile de ne pas lier ces deux choses. Mais ce qu'il importe de bien voir par dessus l'impropriété des termes du Code, c'est ceci : il n'y a pas un *domicile marital* où le mari est tenu de *recevoir* sa femme ; où celle-ci est tenue de se rendre et de demeurer. Il n'y a qu'un *domicile conjugal*, — que le mari choisit en vertu de son titre de chef de famille, dont nous aurons tout à l'heure à examiner la légitimité, — mais auquel, une fois choisi, un même devoir rigoureusement égal tient les époux enchaînés, un même droit réserve également leur place. Il est inexact de dire que la femme est reçue chez le mari : elle est chez elle au même titre que lui.

La jurisprudence, en accentuant par ses décisions le caractère absolu du droit et le caractère rigoureux du devoir, en a souligné la parfaite réciprocité. C'est ainsi que la Cour de Paris, ayant jugé qu'un mari pouvait refuser de recevoir au domicile conjugal sa femme qui s'en était éloignée pour se livrer à l'inconduite, a vu sa décision cassée par la Cour de Cassation, qui a estimé que, tant qu'une séparation de corps n'avait pas été prononcée, le droit et le devoir de

cohabitation restaient entiers de part et d'autre et ne pouvaient dépendre de l'appréciation plus ou moins arbitraire par l'un des époux des fautes de son conjoint (1). C'est également un progrès vers une réciprocité parfaite que la répugnance marquée de la jurisprudence à sanctionner le devoir de cohabitation par la voie de la *manus militaris*. Longtemps, en dépit de ce que peut avoir de choquant pour nos mœurs modernes une mesure aussi brutale, en dépit aussi de son inefficacité absolue à assurer un séjour durable de la femme à la maison, les Cours et tribunaux s'y étaient résignés. Une telle sanction était d'autant moins recommandable qu'elle établissait entre l'homme et la femme une inégalité sérieuse : tandis que la femme ordinairement coupable de fuite voyait sa liberté violentée et se trouvait ramenée de force au domicile qu'elle avait quitté, l'homme qui, plus fort et maître du choix de la résidence, violait le devoir de cohabitation en renvoyant sa femme et en lui fermant les portes du domicile conjugal ne pouvait être astreint par l'emploi de la *manus militaris* qu'à subir un voisinage désagréable, sans que sa personne eût à souffrir d'une contrainte directe. Depuis 1884, où un arrêt de la Cour d'Aix (2) a refusé l'emploi de ce moyen de coercition, la jurisprudence semble s'être ressaisie et avoir abandonné ses anciens errements.

Si nous demandons, du reste, une égalité aussi parfaite que possible entre les époux dans le devoir de cohabitation, c'est que cette obligation nous paraît essentielle au

1. Paris, 31 mars 1873 ; Cass. 27 janvier 1874. D. 74. 1. 140.
2. Aix, 22 mai 1884. S. 84. 2. 93.

mariage. Supprimez la vie commune, et la société conjugale se trouve privée de sa base ; le lien se relâche, l'intimité et l'affection nécessaires entre les époux s'affaiblissent, et toute la famille souffre de cette désorganisation, qui rend plus difficile et plus ingrate la tâche de l'éducation des enfants.

Nous ne saurions donc souscrire aux critiques de ceux qui ne voient dans l'obligation édictée par le Code qu'une chaîne pesante à faire tomber. Déja Accolas, en 1866, avait demandé la suppression du devoir de cohabitation ; de nos jours, la gauche féministe a repris à son compte cette revendication antisociale. Et le 8 septembre 1900, le Congrès International de la Condition et des Droits des femmes réclamait la possibilité pour l'épouse d'obtenir du juge de paix « l'autorisation d'avoir une résidence séparée de celle du mari ». Sans doute ces critiques et ces revendications ne portent pas directement contre l'obligation de cohabiter : elles visent l'autorité maritale et la faculté pour le mari de choisir le domicile conjugal ; mais, pour briser cette autorité, elles ne tendent à rien moins qu'à briser le mariage lui-même. Qu'on limite l'omnipotence du mari, qu'on donne de garanties à la femme contre ses décisions fantaisistes ou vexatoires, soit ; nous y reviendrons sous peu ; mais faire intervenir la séparation au moindre dissentiment dans le choix de la résidence commune, c'est commettre la même erreur que de sanctionner par le divorce les manquements aux devoirs respectifs des époux, c'est tuer le malade pour faire cesser la maladie.

III. — *Le Devoir de Fidélité*

A côté du devoir de cohabitation, il faudrait rappeler le devoir principal des époux, celui qui constitue le moyen essentiel du mariage, celui qu'on appelle par excellence : « le devoir conjugal ». Le Code n'en a pas parlé, probablement parce qu'il n'avait pas la possibilité d'en assurer directement l'exécution ; mais toutes les fois que la jurisprudence eût à statuer à cet égard, ses décisions reconnurent la parfaite égalité des époux dans l'accomplissement de ce devoir ; et en fait, ce fut presque toujours en faveur de la femme que son intervention se produisit.

Le « devoir conjugal », comme l'amour, doit être exclusif : dans l'union des corps comme dans l'union des âmes, on ne doit être que deux ; un seul ne peut être lié qu'à une seule et réciproquement. Il est de l'essence même du mariage monogamique de répugner à tout partage et de ne pas souffrir d'infidélité. C'est donc avec raison que nos Codes, car ici le Code pénal entre en jeu, ont sévèrement sanctionné le devoir de fidélité. L'adultère autorise l'époux outragé à demander la séparation de corps ou le divorce ; l'époux coupable et son complice sont passibles de peines correctionnelles ; enfin le mari qui, surprenant sa femme en flagrant délit, la tue dans un moment de colère, bénéficie en justice d'une excuse légale.

Que faut-il penser de ces sanctions ? Elles appellent d'abord l'attention par l'inégalité qu'elles établissent entre les deux époux. Que risque la femme adultère ? Elle peut être condamnée dans une instance en divorce dirigée

contre elle ; elle peut se voir infliger deux ans de prison par les tribunaux correctionnels ; elle est à peu près abandonnée par la justice aux brutalités du mari au cas de flagrant délit ; et pour courir ces risques, il suffit d'un manquement à la fidélité conjugale en quelque lieu qu'il se produise. Le mari, lui, peut être infidèle à son gré et sans danger ; il n'a qu'à prendre la précaution de ne pas entretenir, d'une façon suivie, sa concubine au domicile conjugal ; pourvu qu'il respecte cette restriction si peu gênante, aucune des sanctions légales ne peut l'atteindre ; il est à l'abri de tous ennuis dans sa course aux bonnes fortunes. Disons le mot : légalement le devoir de fidélité n'existe pas pour lui.

En dépit de l'indulgence que montrent les mœurs pour le dévergondage masculin, de celle surtout qu'elles montraient au début du XIX^e^ siècle et au cours de ces époques du Directoire et du Consulat fécondes en immoralités et en scandales, il est difficile de ne pas apprécier avec sévérité cette différence de traitement qu'établit le Code, et sa scandaleuse complaisance pour l'infidélité de l'homme. Derrière quelque argutie qu'on s'abrite, de quelque raisonnement qu'on essaie de soutenir un pareil système, on ne peut nier que l'homme est aussi rigoureusement tenu que la femme de ne pas porter hors de son ménage un cœur et un corps qui ne lui appartiennent plus intégralement ; que la femme a droit à la fidélité et à l'amour de son mari au même titre que celui-ci à la sienne, et que le moindre manquement à ce devoir l'outrage et la blesse autant que l'adultère féminin blesse et outrage le mari trompé. La faute morale

est la même, l'outrage subi est le même des deux côtés ; il suffit d'avoir fait cette constatation pour condamner la différence établie entre les époux au sujet de la demande en divorce et la faveur qui fait bénéficier l'homme seul d'une excuse légale en cas de meurtre de sa femme.

Cette conviction étant entrée de plus en plus dans les esprits, il reste, à vrai dire, peu de chose de cette double inégalité. La jurisprudence a commencé de bonne heure à considérer l'infidélité de l'homme, indépendamment des circonstances dans lesquelles elle se produisait, comme une injure grave pouvant motiver de la part de la femme une demande en séparation ou en divorce. La loi du 27 juillet 1884 a consacré définitivement cette jurisprudence, en rédigeant l'article 230 en des termes identiques à ceux de l'article 229, qui donnait au mari trompé l'arme du divorce : désormais l'homme et la femme sont à cet égard sur un pied d'égalité parfaite.

Reste ce fameux article 324 du Code pénal, dont l'apparence barbare a soulevé de si vives critiques et fait couler tant de flots d'encre, l'article dont on a dit qu'il consacrait la faculté de « l'assassinat légal ». Mais, si l'article demeure, l'inégalité qu'il consacrait a été pratiquement abolie ; la mansuétude croissante des jurys à l'égard des crimes passionnels s'est chargée de corriger l'iniquité légale, et la femme coupable d'avoir tué son mari surpris en flagrant délit d'adultère a régulièrement bénéficié en Cour d'assises d'un verdict de non culpabilité qui rétablissait la balance égale entre elle et son mari dans une commune indulgence.

Disons-le franchement : une pareille solution nous sem-

ble mauvaise. Ce qui était éminemment critiquable dans l'article 324, c'était moins l'inégalité, pourtant injuste, établie entre l'homme et la femme, que le droit brutal donné au mari de tuer sa femme en ne risquant qu'une pénalité minime. La douleur et l'emportement de l'époux offensé ne pouvaient justifier une pareille licence, et c'était bien réellement un reste de barbarie égaré dans le code d'une nation civilisée que ce droit du mari de se faire justice à lui-même. Autant il était naturel pour des jurés chargés d'apprécier un meurtre survenu dans ces conditions, d'octroyer au coupable des circonstances atténuantes, quand il résultait des faits la certitude que le mari avait agi sans réflexion, sous l'empire de la violence du sentiment éprouvé, autant il était dangereux et funeste d'inscrire en termes généraux dans un code une excuse légale pour tous les faits de ce genre. C'était provoquer ainsi indirectement les époux à un crime qu'ils savent à peu près impuni, — les jurys, à une indulgence à laquelle leur faiblesse exagérée devant les crimes passionnels ne les prédispose que trop. L'abrogation de l'article 324 était la seule solution possible et raisonnable ; et l'on peut s'étonner que saisi à diverses reprises, et notamment en 1895, par des groupements féministes, de pétitions tendant à cette réforme, le Parlement ait cru devoir s'y refuser et passer outre.

La question est plus complexe et le jugement à porter plus délicat lorsqu'il s'agit d'apprécier la différence que fait la loi entre les pénalités qui frappent l'homme et la femme en cas d'adultère. Si nous en cherchons la raison d'être, nous la trouvons donnée par Portalis en ces termes :

« L'infidélité de la femme suppose plus de corruption et des effets plus dangereux que celle du mari : aussi l'homme a toujours été jugé moins sévèrement que la femme ». L'explication ne nous paraît ni parfaitement exacte, ni suffisamment explicite. Que la faute de la femme suppose plus de corruption, c'est douteux. Nous sommes ici en présence d'une question de moralité pure, qui variera suivant les espèces, pour laquelle il est impossible de fixer des règles générales, et dont la loi au demeurant n'a pas à se préoccuper. Ce qu'on punit, en effet, dans l'infidélité, c'est d'abord une faute sociale ; l'époux coupable n'est pas frappé seulement parce qu'il s'est abandonné à la passion, mais parce qu'il a porté atteinte par ses actes à la société conjugale, à la stabilité et à l'union de la famille, parce qu'il a fait œuvre désorganisatrice du foyer. Or, à cet égard, l'adultère de l'homme et celui de la femme sont-ils également nuisibles ? apportent-ils le même trouble dans la famille ? Evidemment non. L'adultère masculin produit ses effets en dehors de la famille, l'adultère de la femme les produit au sein de la famille même ; le premier trouble seulement la bonne entente des époux et leur intimité ; le second rend, en outre, incertaine la filiation et risque d'introduire dans la famille des enfants à la conception desquels le mari est étranger ; en sorte que celui-ci se trouve placé dans la douloureuse alternative de se reconnaître père des enfants de son rival, ou d'infliger à sa femme le scandale d'un désaveu. Si donc il est vrai que la loi doive surtout rechercher et punir dans les fautes commises par les individus leur caractère de nocuité sociale, on comprend très

bien qu'une différence soit faite ici dans la pénalité infligée, et l'inégalité qui en résulte au détriment de la femme, quelque choquante qu'elle puisse être en apparence, ne saurait être taxée d'iniquité.

Mais, ce principe admis, il n'était pas nécessaire de marquer si profondément la différence entre les deux époux, et on peut convenir, avec les féministes, que, même en adoptant la thèse que nous soutenons, il y a eu exagération dans l'indulgence accordée à l'homme. L'adultère du mari, en tant qu'il constitue un outrage à la femme, un manquement à la foi conjugale, un trouble dans l'union des époux, devrait être toujours punissable ; il faut regarder en effet comme une sanction tout-à-fait insuffisante la menace d'une instance en divorce dirigée contre le mari, alors surtout que, le mariage étant désormais permis avec la complice de l'adultère, la rupture du lien conjugal sera souvent accueillie comme une libération.

Il faudrait donc, pour graduer équitablement les peines, que l'adultère masculin aggravé par l'entretien de la concubine au domicile conjugal fût puni comme l'adultère féminin. Dans ce cas, en effet, le trouble social causé est considérable ; l'introduction au foyer d'une personne étrangère à la famille, et son entretien dans des conditions qui constituent pour la femme un outrage permanent et public, sont aussi pour les enfants un sujet de scandale bien propre à ruiner tout sentiment de respect envers le père. Il y a là un fait aussi grave et fécond en conséquences désastreuses que la présence d'enfants naturels qu'une défaillance momentanée de l'épouse suffit à mêler aux enfants légitimement issus

des œuvres du mari. Sans vouloir arriver donc à une égalisation complète qui ferait une part excessive au rôle moral de la loi, on doit réclamer pour les fautes du mari une sévérité plus grande du Code, sévérité que les tribunaux correctionnels n'auront du reste que trop de penchant à atténuer en pratique, si l'on en juge par l'expérience de ces dernières années.

IV. — *Les devoirs d'assistance et de secours*

Le devoir d'assistance tient, — et à juste raison, — plus de place dans les mœurs que dans la loi. Il n'appartenait pas au législateur de régler les soins personnels que chaque époux devait à l'autre dans les mille circonstances qui pouvaient réclamer cette aide ; et l'on pourrait même, sans inconvénient, rayer ce devoir de l'énumération faite par le Code. On ne doit pas chercher en effet dans l'article 212 une liste complète des obligations respectives des époux, encore moins une énonciation des règles de morale conjugale, mais seulement celles de ces règles dont les manifestations sociales tangibles peuvent faire l'objet de prescriptions juridiques. Or, non-seulement le devoir d'assistance n'est pas défini, mais il n'est même pas sanctionné ; à moins qu'on ne veuille voir une sanction dans la possibilité de traiter comme une injure grave motivant une instance en divorce certains manquements à ce devoir.

Le devoir de secours, auquel il faut rattacher le devoir d'entretien mis à la charge du mari par les dernières lignes de l'article 214, établit l'obligation pour les époux de se venir en aide de leurs biens, comme ils sont tenus de se

venir en aide de leurs personnes. Au cours du mariage, c'est comme un devoir pour le mari que la loi le rappelle ; on ne pouvait prévoir en effet en 1804 le développement pris au XX^e^ siècle par les professions féminines et les sources de revenus qui, acquises de ce chef à la femme, pourraient lui donner une certaine indépendance et lui permettraient de se passer des subventions du mari. Après la cessation de la vie commune par une séparation, soit régulière, soit amiable, c'est par contre un devoir réciproque que celui qui oblige chaque époux à venir en aide à celui des conjoints qui est dans le besoin, par le paiement d'une pension alimentaire ; les décisions jurisprudentielles sont très nettes à cet égard.

*
* *

Il est aisé de voir qu'un esprit égalitaire tend de plus en plus à régir les devoirs réciproques des époux. Les articles du Code qui les édictaient gardaient, malgré tout, le cachet de ce préjugé de l'infériorité féminine, si fréquent chez nos vieux auteurs. Même dans ceux de ces devoirs qui paraissent en droit naturel peser du même poids sur les deux conjoints, les termes, et souvent le fonds même de nos prescriptions juridiques semblaient vouloir faire intervenir le principe de la prééminence masculine. Les rédacteurs du Code devaient se faire malaisément à l'idée que la femme pût être quelque part sur le même pied que le mari, et sentaient le besoin de lui rappeler qu'elle devait suivre partout son seigneur et maître, que plus que lui elle était tenue d'être fidèle, et qu'elle restait son obligée, étant entretenue

et nourrie par lui. La jurisprudence, reflétant le progrès des idées et des mœurs, a sensiblement atténué les inégalités primitives; la loi l'a suivie et les derniers débris de ces inégalités se défendent avec peine, et, sans doute, pour peu de temps encore, contre les attaques de plus en plus écoutées des auteurs féministes.

V. — *Caractère de l'autorité maritale dans le Code*

Mais où le féminisme a déployé tous ses efforts et fait entendre ses critiques les plus acerbes, c'est dans la campagne qu'il mène, depuis longtemps déjà, contre l'autorité maritale. Peu d'articles ont fait l'objet de controverses aussi ardentes que celles soulevées par l'article 213 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». Le mot d'autorité maritale ne s'y rencontre pas, et, remarque curieuse, on ne le trouve qu'une fois dans le Code, au titre du Contrat de mariage (art. 1388); mais la chose est bien clairement indiquée : la femme se trouve vis-à-vis du mari dans des relations de subordination ; il commande et elle obéit.

La loi, à vrai dire, si elle a posé le principe de l'autorité maritale, n'en a mentionné expressément et organisé que deux conséquences : le choix par le mari du domicile conjugal, et l'incapacité civile de la femme. Raison de plus pour envisager l'autorité maritale comme une question de principe, puisque le silence de la loi laisse le champ libre à des applications multiples et variées de la règle qu'elle pose. Voyons donc ce que fut l'autorité maritale dans la pensée des législateurs de 1804, sur quel fondement ils la basè-

rent, et nous pourrons ensuite, à la lumière des discussions soulevées, examiner à notre tour si elle se justifie, ou dans quelle mesure on doit accueillir les critiques portées contre cette institution.

Rappelons d'abord d'un mot qu'au moment de la confection du Code les influences romaines et coutumières étaient toutes deux, quoique à un degré bien différent, défavorables à l'indépendance féminine complète, telle qu'avait essayé de l'organiser le Code civil de la Convention. Les romanistes étaient imbus des anciens principes de l'incapacité de la femme et de la fragilité de son sexe ; ils ne croyaient pas qu'une femme, à plus forte raison une femme chargée de famille, pût se conduire sans tuteur et sans guide. Les partisans des coutumes, pénétrés de l'esprit communautaire qui avait présidé à l'organisation de la famille germaine, étaient convaincus de la nécessité dans la famille d'une hiérarchie fortement organisée et d'un chef respecté et obéi qui ne pouvait être que l'homme, tout naturellement désigné par ses aptitudes particulières au commandement.

Mais tandis que l'influence communautaire avait abouti dans les pays de coutume à une forte organisation de l'autorité maritale, dans les pays de droit écrit le préjugé romain de l'incapacité féminine, souvent démenti par les faits, n'avait pas empêché la femme de jouir, aux yeux de la loi, d'une indépendance relative.

S'en tenant aux traditions germaniques, nos vieux auteurs avaient primitivement invoqué, en faveur de l'autorité maritale, l'unité de direction nécessaire dans la famille :

« Cette puissance, disait Guy Coquille, n'est pas un empêchement essentiel et en la même personne de la femme, mais en dehors et par accident ». Avec la Renaissance, les idées romaines d'infirmité du sexe avaient pris le dessus; elles subsistèrent, confusément mêlées au principe coutumier, lorsque l'autorité de d'Aguesseau eut remis en honneur les théories sociales de Guy Coquille. Les juristes de l'ancien régime confondent alors fréquemment ces deux arguments, et l'on remarque chez Pothier lui-même cette confusion.

Elle se retrouve à vrai dire dans les travaux préparatoires du Code et ses rédacteurs n'y ont pas échappé non plus. Une citation de Portalis fera du reste mieux ressortir à quel point ces deux idées étaient intimement unies, et comment, en un certain sens, l'idée d'une protection due à la femme étayait et consolidait la conception sociale de l'autorité domestique : « Sans doute, dit-il, dans le mariage les deux époux concourent à un objet commun, mais ils ne sauraient y concourir de la même manière. Ils sont égaux dans certaines choses, ils ne sont pas comparables dans d'autres. La force et l'audace sont du côté de l'homme; la timidité et la pudeur du côté de la femme..... Ce ne sont point les lois, c'est la nature même qui a fait le lot de chacun des sexes. La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible : l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et l'exercice de ses facultés. Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le

projet de loi reconnaît dans le mari. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège et elle est une suite nécessaire de la société conjugale, qui ne saurait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre (1) ».

Comme on le voit, l'idée de la hiérarchie familiale et celle de la faiblesse de la femme appelant une protection, s'entremêlent dans les phrases de Portalis, pour aboutir à une conception sur laquelle il insiste visiblement : le droit naturel du mari à commander et comme corrélatif la destination naturelle de la femme à la soumission et à l'obéissance.

Ce n'était certes pas chez le Premier Consul que ces théories très favorables au « droit de l'homme » pouvaient trouver un contrepoids. Bonaparte, outre sa tendance accentuée à marquer d'un cachet autoritaire la discipline familiale sous ses divers aspects, professait pour le sexe féminin un dédain que le peu de valeur intellectuelle et morale des femmes qu'il lui avait été donné de fréquenter jusque-là, explique sans le justifier. Très convaincu de l'infériorité radicale de ce sexe, il avait préconisé, sans du reste la faire prévaloir, l'idée d'instituer pour les femmes qui n'étaient pas en puissance de mari, une tutelle, dans le genre de celle que Rome avait autrefois connue. C'est à son influence qu'il faut attribuer l'indication précise dans le Code du devoir d'obéissance ; il aurait même voulu, pour graver le sentiment de ce devoir chez l'épouse, que celle-ci vînt déclarer, au moment de la célébration du mariage,

1. Fenet. IX. p. 177 et 178.

qu'elle reconnaît son époux comme le chef de la famille « et que celui-ci répondit qu'il la prend pour compagne ».

Et cette domination de l'homme n'était pas seulement dans l'esprit du Premier Consul la discipline nécessaire pour conserver l'unité dans la famille ; c'était un véritable droit de propriété qui faisait de la femme l'esclave de son mari : « La femme, a-t-il écrit, est la propriété de l'homme, parce qu'elle fait des enfants. Il en est comme de l'arbre fruitier, qui, produisant des fruits, est la propriété du jardinier (1) ».

Il aurait dit également au Conseil d'Etat, d'après Thibaudeau : « La nature a fait de nos femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne sortirez pas ! Madame, vous n'irez pas à la Comédie ! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne, c'est-à-dire : Madame vous m'appartenez corps et âme ». (2)

Ainsi, chez Napoléon comme chez Portalis, l'idée romaine et l'idée coutumière se trouvent toutes deux mises en avant pour justifier l'autorité maritale; chez celui-ci présentées avec modération, dans la gravité de périodes d'allure philosophique ; chez celui-là brutales, tranchantes, dans des formules d'inspiration matérialiste et païenne.

Cependant, si les idées romaines, comme les idées coutumières, ont inspiré l'établissement de l'autorité maritale, il semble, en dernière analyse, que les idées coutumières ont prévalu et ont donné à l'institution sa physionomie géné-

1. Mémorial de Sainte-Hélène. IV. p. 227.
2. Thibaudeau. Mémoire sur le Consulat, p. 426.

rale. Non certes que l'influence romaine ne se fasse encore sentir : nous verrons, en appréciant l'incapacité civile de la femme mariée, quelle répercussion considérable elle eut sur le règlement des relations d'ordre pécuniaire. De même, dans les termes de l'article 213, la formule : « Le mari doit protection à sa femme » reflète bien aussi un reste de l'idée de fragilité du sexe. Mais l'examen des grandes lignes de l'autorité maritale montre que c'est la conception sociale de la discipline domestique qui a guidé les rédacteurs du Code. La femme, quand elle est fille ou veuve, est libre ; ce n'est que le mariage qui lui donne un maître, et si ce maître a droit de commander, ce n'est pas dans son intérêt propre, ce n'est même pas principalement dans l'intérêt de sa femme, c'est parce qu'à la société, conjugale d'abord, familiale ensuite, il faut un chef, et que le mari est réputé le plus capable pour remplir ce rôle.

Remarquons bien qu'ainsi définie, l'autorité maritale, même en dehors de limitations pratiques absentes du Code, se trouve restreinte et limitée par le but même et la fonction qui lui sont implicitement assignés. Et de fait, si l'on écarte les théories despotiques du Premier Consul, nous ne trouvons rien dans les travaux préparatoires qui indique l'intention de revêtir l'autorité maritale d'un caractère absolutiste comme celui qu'elle avait eu dans certaines sociétés antiques. Le pouvoir n'est remis à l'homme que dans l'intérêt de la famille et pour protéger la femme en cas de besoin. Le devoir d'obéissance chez celle-ci, le devoir de protection chez celui-là, sont corrélatifs et le droit de l'homme n'est pas celui de tyranniser à son gré celle qui est sous

son autorité, mais de gouverner dans l'intérêt commun de la famille. De ce caractère tutélaire et restreint qu'affecte l'autorité maritale la jurisprudence a déduit des conséquences intéressantes dans les applications qu'elle a faites de l'article 213.

VI. — — *Les Critiques de l'autorité maritale*

En dépit de ces restrictions au pouvoir du mari, les critiques, comme nous l'avons dit, n'ont pas été ménagées à l'article 213. Il faudrait, du reste, remonter bien avant la confection du Code, pour trouver les premières attaques contre le principe de l'autorité maritale. En 1787, à la veille de la Révolution, Condorcet proclamait déjà : « Parmi les progrès de l'esprit humain, le plus important pour le bonheur général est l'entière destruction des préjugés qui ont établi entre les deux sexes une inégalité de droits funeste à celui qu'elle favorise (1) ». A la faveur du bouleversement égalitaire opéré par le droit intermédiaire, on voyait paraître la Déclaration des Droits de la femme, œuvre d'Olympe de Gouges, dont l'article 1^er^ portait : « La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droit ».

Au cours du XIX^e^ siècle, romanciers, sociologues et économistes ont repris et développé sous différents aspects ces attaques. « La société, dit Georges Sand par la bouche de Jacques, va vous dicter une formule de serment : vous allez jurer de m'être fidèle et de m'être soumise, c'est-à-dire de

1. Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain. Œuvres, t. x. p. 121.

n'aimer jamais que moi et de m'obéir en tout. L'un de ces serments est une absurdité ; l'autre une bassesse ». Ailleurs, comme chez Stuart Mill, ce sont des réquisitoires en règle contre l'autorité maritale : « Les relations sociales des deux sexes, dit-il, qui subordonnent un sexe à l'autre au nom de la loi, sont mauvaises en elles-mêmes et forment aujourd'hui un des principaux obstacles qui s'opposent aux progrès de l'humanité : elles doivent faire place à une égalité parfaite, sans privilège ni pouvoir pour un sexe, comme sans incapacité pour l'autre (1) ».

La seconde moitié du XIX^e^ siècle surtout a été féconde en attaques contre l'autorité maritale ; il faudrait citer Mittermaier, Accolas, Legouvé, et noter la délibération par laquelle le Comité de Refonte de la législation civile, sous la présidence de Jules Favre, votait en 1866 l'abrogation de tout le chapitre IV du Mariage, à l'exception de l'article 212. Depuis, la recrudescence de la campagne féministe pour l'émancipation conjugale de la femme a plus que jamais remis la question à l'ordre du jour et forcé l'opinion publique à s'en préoccuper, bien que le problème de l'égalité des époux ait été souvent lié à celui de leur liberté, en un voisinage qui lui a porté tort plus qu'il ne l'a fait avancer. Une des plus significatives de ces manifestations féministes se produisit au Congrès de 1900 de la Condition et des Droits des femmes. La suppression radicale de tous les textes de loi consacrant la soumission de la femme au mari y fut votée, et l'un des orateurs les plus applaudis, M. Le Foyer, y déclara sans ambages : « Nous avons à assurer

1. L'assujétissement des femmes, p. 1.

l'abdication de ce roi conjugal qu'est le mari et l'avènement de cette citoyenne qu'est la femme : en un mot nous avons à faire du mariage une république ».

VII. — *Le Fondement de l'Autorité maritale*

Toutes ces revendications reposent sur un même fondement : l'égalité des sexes, et dès lors le droit pour chacun de s'épanouir libre de toute contrainte. Cette idée est-elle juste ?

Ecartons d'abord du débat les déclarations passionnées de ceux qui ont résolu le problème en écrasant de leur mépris le sexe auquel ils n'appartenaient pas. Ecartons Proudhon qui ne voit dans la femme qu' « un instrument de reproduction, une sorte de moyen terme entre l'homme et le règne animal » et qui ajoute : « La femme a l'esprit essentiellement faux, d'une fausseté irrémédiable... Relativement à nous, la femme peut être qualifiée d'être antimoral... » Ecartons de même M^me^ Farnahm qui, tombant en sens inverse dans les mêmes exagérations, affirme « que la femme est à l'homme ce que l'homme est au gorille ». Il est certain qu'il n'existe point entre les deux sexes de différences si profondément accusées ; qu'il y a, dans presque toutes les branches de l'activité humaine, des femmes supérieures à la généralité des hommes, et réciproquement ; et que l'on ne peut, dès lors, équitablement affirmer chez l'un des deux une infériorité aussi absolue. Est-ce à dire qu'ils soient égaux ?

L'expression nous paraît inexacte. Suivant que l'on envisage les qualités physiques ou intellectuelles, ou les di-

vers côtés des caractères, l'on pourra trouver chez l'homme tantôt une supériorité incontestable, tantôt une infériorité radicale. La femme est capable de plus d'endurance, de dévouement, de douceur ; elle a un souci plus minutieux des détails ; l'homme est capable d'efforts plus puissants, de décisions plus promptes et plus sûres, de directions plus fermes données avec plus de sang-froid, des vues plus larges et synthétiques. Il y a donc entre eux, très certainement, des différences accusées et des inégalités marquées ; mais les qualités et défauts de chacun non seulement s'équilibrent sensiblement, si l'on veut examiner avec impartialité la valeur respective de chaque sexe, mais se complètent, se corrigent et s'harmonisent. Le plus souvent, privé de la société féminine, l'homme retourne rapidement à la grossièreté primitive ; la femme séparée des hommes retombe dans une frivolité mesquine. La femme, jetée seule dans la société, se trouve ordinairement, il est vrai, dans un état de faiblesse et d'infériorité pénible ; mais si l'on veut examiner le cas du célibataire ou du veuf, on se rendra compte que l'infériorité de ce côté n'est pas moins réelle.

On peut dire, par conséquent, avec Legrand, que s'il n'y a pas entre eux égalité au sens rigoureux du mot, il y a « équivalence ». Ce n'est donc pas une infériorité générale du sexe féminin qui pourrait légitimer l'autorité maritale.

Est-ce à dire que cette équivalence appelle une constitution « républicaine » de la famille et que le gouvernement direct des deux époux doive apparaître comme la seule règle possible de discipline dans la société conjugale ? Il est

certain que cette entente est l'idéal et que cet idéal se trouve réalisé pratiquement dans un très grand nombre de cas. Mais ce n'est pas pour les ménages unis que le précepte de l'autorité maritale fut édicté par la loi : il y a des couples où des dissenssions peuvent se produire, et il faut bien alors, sous peine d'avoir une société parfaitement anarchique, qu'une autorité prépondérante chez l'un des époux tranche le différend et termine le conflit, en imposant sa volonté. Or, si l'on examine où se trouve le plus d'aptitudes au commandement, à la direction, chez qui la volonté a le plus d'empire, il n'est pas douteux que l'homme n'ait généralement une supériorité bien nette sur la femme à cet égard, et par conséquent que dans l'intérêt de la famille, et pour le plus grand bien du ménage, l'autorité ne doive lui appartenir. Si du reste, ce qui peut arriver, la femme, par une exception à cette loi générale, se trouve posséder à un plus haut degré ces qualités de commandement, il est très probable qu'elle n'aura pas besoin d'une dérogation inscrite dans le Code, pour prendre sur l'esprit de son mari un heureux ascendant.

L'autorité maritale ainsi entendue n'a rien de blessant pour la femme : elle est le résultat d'une nécessité sociale ; elle ne constitue pas un privilège pour le mari et ne lui appartient qu'en vertu d'une bonne division du travail dont la femme profite comme son époux. On ne peut pas dire qu'elle s'oppose à l'égalité des sexes. C'est ce que Kant a très justement noté dans ses *Eléments métaphysiques de doctrine du droit* : « Ici se présente, dit-il, la question de savoir, si c'est une loi contraire à l'égalité des époux comme tels,

que celle qui dit à l'homme dans son rapport avec la femme : Tu seras le maître, tu seras la partie qui commande, et elle, celle qui obéit. On ne saurait la considérer comme contraire à l'égalité naturelle du couple humain, si cette domination n'a d'autre but que de faire tourner au profit de la communauté la supériorité naturelle des facultés de l'homme sur celles de la femme, et le droit au commandement qui se fonde sur cette supériorité ; car elle peut être elle-même rattachée au devoir de l'unité et de l'égalité relativement à la fin ».

Mais si le principe de l'autorité maritale se trouve ainsi doublement justifié, et comme socialement nécessaire, et comme compatible avec l'équivalence des sexes, on peut critiquer dans le Code l'expression qui en a été donnée et les applications qui en ont été faites. L'article **213**, avec une certaine brutalité de forme, semble donner à la femme un rôle de servante, peu conforme à sa dignité et à la conception large de l'autorité maritale que nous venons d'exposer. Peut-on résumer les devoirs particuliers de la femme dans ce terme d'obéissance, et dire que la femme en présence de son mari n'a qu'à obéir? Nous ne le pensons pas. La femme doit coopérer avec son mari, diriger, gouverner avec lui la société familiale ; en cas de désaccord, elle est tenue de céder, parcequ'il est nécessaire que quelqu'un cède et que, généralement, il sera de l'intérêt commun que ce soit elle ; mais il y a entre cette déférence due par la femme et ce devoir d'obéissance que semble lui imposer le Code, une nuance assez appréciable pour qu'elle fût relevée et critiquée.

VIII. — *Les conséquences législatives de l'autorité maritale*

Nous allons retrouver du reste les traces de cet esprit par trop autoritaire dans tous les textes du Code qui font application du principe de l'autorité maritale, et dans plusieurs des conséquences que la jurisprudence a cru devoir en tirer, en l'absence de limitations précises. Le droit du mari de fixer le domicile conjugal, l'adoption nécessaire par la femme de la nationalité de son mari, enfin l'incapacité légale de la femme, sur laquelle nous aurons l'occasion de nous expliquer plus loin, telles sont les trois seules conséquences prévues par les textes : chacune d'elles établit d'une façon exagérée ou abusive le droit du mari.

Le mari a le droit de choisir le domicile conjugal ; le principe est parfaitement acceptable. Ce qui ne l'est pas c'est qu'un pareil droit soit absolu et illimité : c'est le Premier Consul qui le voulut ainsi (1) et qui s'opposa à ce qu'on reproduisît dans la rédaction définitive cette restriction jadis proposée par Pothier que la femme n'était pas tenue de suivre son mari à l'étranger. Mais à défaut de cette limitation, dont l'opportunité dans l'état économique actuel nous paraîtrait contestable, il pouvait être utile de poser des bornes à des fantaisies injustifiables ou à des manques d'égards injurieux. La jurisprudence a été amenée à combler cette lacune ; peu à peu s'est dégagé de ses décisions tout un ensemble de règles qui restreignent dans des mesures raisonnables la liberté du choix marital. C'est

1. Fenet. IX, p. 73.

ainsi qu'il a été reconnu que la femme, à moins qu'elle n'ait connu et accepté à l'avance cette condition, ne pouvait être astreinte à une existence nomade, que le mari devait faire choix pour le domicile conjugal d'un logement particulier (1), et que lorsque, contrairement à cette règle, les époux habitaient chez les parents du mari, celui-ci ne pouvait maintenir ce choix qu'en exigeant pour sa femme la considération et les égards qui lui sont légitimement dus (2), enfin que le logement lui-même devait être convenablement aménagé et d'un confortable en rapport avec la fortune des conjoints, de telle sorte que la santé, la sécurité et la dignité de la femme n'aient point à en souffrir (3).

Les articles 12 et 19 du Code établissent que la femme, en se mariant, acquiert la nationalité de son mari. L'utilité de cette règle dans notre état social moderne est douteuse. Elle se comprenait à une époque où le mariage entraînait la « *communicatio divini et humani juris* » et avait pour principal effet l'élévation de la femme à la condition civile du mari ; ces effets ne se produisent plus dans notre législation ; seules les mœurs leur assurent encore une certaine survivance. Dans ces conditions, la logique de l'évolution juridique doit fatalement faire disparaître un jour ou l'autre cette prescription dont la nécessité au point de vue de la morale sociale ne se conçoit guère. Puisque l'on admet, en droit, et puisqu'en fait on constate des mariages mixtes, en-

1. Cass. 9 janvier 1826. D. 23. 1. 121.

2. Cass. 28 novembre 1860. D. 61. 1. 305. — Pau, 8 mai 1890. S. 91. 2. 3. et la note.

3. Cass. 26 janvier 1808. D. 6. 1. 105 ; 16 juillet 1889. S. 90. 1. 117.

tre personnes de confessions différentes, pourquoi vouloir à toute force que les époux ne puissent fonder une famille sans être ressortissant d'un même Etat? Les inconvénients d'une différence de nationalité, ne sauraient être, aujourd'hui surtout, considérés comme plus graves que ceux qui proviennent d'une divergence religieuse. Si l'homme et la femme, après les avoir envisagés, décident de passer outre, le rôle de la loi doit se borner à leur faciliter l'adoption d'une nationalité commune, sans contraindre la femme à suivre celle du mari.

La jurisprudence a déduit de l'autorité maritale une autre conséquence : le droit pour le mari de surveiller les relations et les correspondances de sa femme. Les textes sont muets à cet égard, mais c'est, paraît-il, un point qui n'avait pas échappé à l'attention du Premier Consul : « Ne devrait-on pas ajouter, avait-il dit dans le courant de la discussion, que la femme n'est pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son mari? (1) » Le Code n'a heureusement pas investi le mari d'un pouvoir aussi tyrannique : cependant la jurisprudence a reconnu à son profit un droit de surveillance assez large sur les relations personnelles de sa femme, en se réservant en pratique le droit d'accueillir le recours de cette dernière contre les abus qui pouvaient se produire (2).

Ce droit de surveillance a été étendu jusqu'à la possibilité pour le mari d'intercepter et de décacheter les lettres missives adressées à sa femme. Là encore cependant la

1. Thibaudeau. Mémoires sur le Consulat, p. 426.
2. Trib. Seine, 13 janvier 1870. D. 70. 3. 40.

pratique jurisprudentielle a limité le droit du mari : il a été établi que ce droit de contrôle s'exerçant d'une façon blessante et injustifiée pouvait constituer une injure grave, et qu'il ne saurait être admis s'exerçant à l'encontre d'une femme dont la conduite irréprochable ne donnait matière à aucun soupçon (1). D'autre part les règlements mêmes de la poste ont mis certaines entraves à l'exercice de ce droit ; et l'Administration se basant sur l'article 187 de l'Instruction générale de 1856 a plusieurs fois refusé de livrer à des maris soupçonneux les lettres adressées à leurs femmes, tant qu'une ordonnance du juge n'était pas intervenue.

Quelque limité que soit ainsi le droit de surveillance, et par les formalités administratives, et par la prudence des cours et tribunaux, il nous semble encore abusif et injustifié. Quel en est en effet le but ? Si l'on examine les espèces dans lesquelles le droit du mari a été reconnu, on verra que chaque fois ce fut pour sauvegarder l'honneur de la famille, et l'on invoque dans ce cas le devoir de l'homme de protéger sa femme contre les « égarements passagers » et les « influences pernicieuses » qui peuvent l'atteindre.

L'argument est sérieux, mais il se retourne contre le mari ; qui est-ce qui est le plus sujet à ces égarements ? qui est-ce qui est le plus prompt aux infidélités conjugales? N'est-ce pas incontestablement l'homme, et la trop grande tolérance accordée par les mœurs à l'adultère masculin n'en est-elle

1. Rouen, 20 mars 1864. D. 64. 2. 73 ; Caen, 19 mars 1865. D. 66. 2. 70 ; Paris, 11 juin 1875. S. 75. 2. 10 ; Rouen, 13 novembre 1878. D. 80. 2. 90.

pas une preuve évidente? Dès lors, si cette surveillance est nécessaire à l'honneur de la famille, qu'on la maintienne, mais en la donnant également aux deux époux : la femme est aussi intéressée que l'homme à l'honneur du foyer ; plus que lui elle a lieu de craindre et de soupçonner ! La soumettre seule à un contrôle de ce genre, c'est aller au rebours de toute justice et de l'intérêt familial bien entendu. Ou, si l'on estime que le droit accordé à la femme est incompatible avec les prérogatives du chef de famille et ruinerait pratiquement son autorité, que l'on abolisse aussi la surveillance maritale qui pèse sur elle, et qu'on laisse, en dehors de tout droit strict et de toutes dispositions juridiques, la diplomatie et la douceur féminines d'une part, l'autorité naturelle qui s'attache aux conseils et aux réprimandes de l'homme d'autre part, exercer au sein de la famille cette police et ce contrôle moral nécessaires à son honneur. Mais réserver le rôle de gardien de la moralité à celui des conjoints qui, précisément, y manque le plus, c'est avoir l'air de faire bon marché de cette moralité même, pour ne plus maintenir au profit du mari qu'un droit matériel de possession sur la femme, ce qui est inadmissible et insoutenable.

Une dernière conséquence de l'autorité maritale a été établie par l'usage : c'est l'adoption par la femme du nom du mari ; cet usage s'explique et se justifie par la consécration matérielle qu'il apporte à l'unité de la famille, la commodité de cette désignation dans les divers actes auxquels la femme participe. Si la nécessité d'une modification, nécessité qui n'apparaît pas en l'état de nos mœurs, venait

plus tard à s'imposer, le mieux serait encore de laisser défaire par l'usage ce que l'usage a édifié.

Telles sont les limites actuelles de l'autorité maritale, en ce qui concerne les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme; on voit qu'ils sont encore très étendus dans notre législation. Il n'est pas douteux cependant que l'autorité maritale s'est sensiblement adoucie depuis l'Ancien Régime.

On ne reconnaît plus aujourd'hui au mari le droit de frapper sa femme, et le seul arrêt qui ait semblé admettre ce droit de correction est cité en jurisprudence comme une curiosité et une anomalie (1). On considère d'autre part de plus en plus que l'autorité maritale cesse d'être respectable quand elle touche à certains terrains réservés, qu'elle porte atteinte à la liberté de conscience, qu'elle prétend s'immiscer dans les pratiques religieuses de la femme, qu'elle viole sa liberté individuelle et, d'une manière plus générale, lorsqu'elle s'exerce par des procédés infligeant une humiliation imméritée. Dans toutes ces hypothèses la justice accueille volontiers le recours de la femme, et intervient pour limiter et tempérer l'autorité abusivement exercée.

IX. — *La Réforme de l'Autorité Maritale.*

Ces interventions répétées de la justice dans la discipline de la famille ont inspiré à certains réformateurs des solutions plus radicales. Ils ont proposé de résoudre le problème de l'abolition de l'autorité maritale par la remise au juge du pouvoir qui se trouve actuellement entre les mains du

1. Chambéry, 4 mai 1872. D. 73. 2. 129.

mari. Ce système idéal du gouvernement direct de la société conjugale, de la coopération parfaite sur le pied d'égalité des deux époux, serait érigé en règle légale. Aucun des conjoints ne pourrait imposer ses volontés à l'autre, — et lorsque surviendraient entre eux des contestations que les concessions réciproques et amiables ne pourraient trancher, c'est à un magistrat spécial selon les uns, au juge de paix selon les autres, en tout cas à une justice discrète, expéditive et peu coûteuse que le conflit serait déféré.

Un pareil système offre l'inconvénient très grave, à notre avis, d'aller chercher au dehors de la société familiale l'autorité qui doit y assurer l'ordre et la discipline,—et d'aboutir ainsi à désorganiser la famille en la privant de son indépendance. La famille doit normalement se suffire à elle-même, trouver dans son propre sein les rouages de son administration et de son activité ; quand des conflits s'y élèvent entre les époux, le mieux est que l'autorité de l'un d'eux, assez limitée pour ne pas risquer d'être oppressive, les tranche, sans étaler devant des tiers le spectacle de ces divisions en un débat qui ne peut que les aigrir et les envenimer. D'autant plus que se présenterait ici, comme dans la matière du divorce, le danger de l'entraînement ; et maintes petites divergences que la complaisance réciproque des époux résout aisément aujourd'hui, ou que les femmes laissent assez bénévolément à l'autorité du mari le soin de solutionner, seraient portées devant la justice ; la possibilité de ce recours ouvert en toute occasion serait une prime offerte à la ténacité, à l'obstination, à l'intransigeance, et le

désordre que nous avons signalé de cette immixtion anormale de la justice dans l'intimité familiale se trouverait accru de la fréquence croissante de cette intervention. Il est bien préférable d'assurer, au prix de petits excès d'autorité inévitables, même avec une législation sagement restrictive, l'union des époux, qui pourrait être gravement compromise par une pareille réforme.

X. — *Principes directeurs du Régime matrimonial des biens*

Nous avons dit que, dans une société conjugale bien organisée, l'union des intérêts devait correspondre à l'union des cœurs. C'est une proposition moins unanimement acceptée aujourd'hui et que d'aucuns s'efforcent de battre en brèche. Considérons la comme vraie jusqu'à l'examen des nouvelles théories, et voyons comment les rapports pécuniaires des époux ont été et sont compris par notre législation civile.

Cette matière des rapports des époux quant aux biens ne se limite pas au choix et au fonctionnement du régime matrimonial proprement dit ; elle comprend encore les questions connexes de l'autorisation maritale et de l'incapacité civile de la femme. Enumérer ces questions, c'est indiquer quelle énorme étendue devrait avoir une étude juridique approfondie de ces relations ; nous sommes ici en effet dans une des parties du Code les plus ardues, les plus complexes et les plus délicates. Mais il nous suffira, pour étudier ces matières, en fonction du plan général que nous nous sommes tracé, c'est-à-dire dans leurs effets généraux par rap-

port à la constitution de la famille, d'en dégager simplement les grandes lignes, pour en saisir et en apprécier les caractères.

De ce que nous avons dit à propos des relations personnelles des époux, il semble résulter que la tâche du législateur doit être ici de concilier trois principes plus ou moins contradictoires. Il importait d'abord, semble-t-il, que le régime matrimonial réalisât une union aussi complète que possible des intérêts, pour associer plus entièrement les époux dans toutes les manifestations de leur activité, et consacrer entre eux une interdépendance réciproque ; — il faudrait d'autre part tenir compte de la nécessité d'une direction une pour la gestion des intérêts communs ; — il faudrait enfin que non-seulement la femme n'eût pas à souffrir des pouvoirs directeurs du mari, mais même que des mesures de faveur fussent prises pour la protéger contre la dissipation possible de sa fortune et la suggestion que peut exercer sur son esprit l'homme plus autoritaire et plus rompu à la pratique des affaires.

Ces trois principes ont été souvent mis en lumière par les divers auteurs et les diverses législations ; mais on a su rarement les concilier d'une façon heureuse. Beaucoup ont exagéré le second, et, se basant sur l'idée que l'incapacité de la femme était naturelle et irréductible, ont accru au-delà de toute mesure les pouvoirs du mari ; quelques-uns, par contre, ont exagéré le troisième en prétendant que toutes les ruines financières étaient le fait de l'homme. Dans ce conflit de deux tendances, que nous avons déjà rencontrées dans l'autorité maritale sur la personne, mais qui ap-

paraissait ici plus insoluble encore, parce qu'il se présentait sous une forme matérielle et se trouvait compliqué de difficultés juridiques provenant des droits des tiers, il est arrivé que le premier principe lui-même, celui de l'association des époux a été battu en brèche. Après être resté longtemps indiscuté, il a été remis en question, jugé et condamné, et maint réformateur, désespérant d'opérer la conciliation dont nous venons de parler, a conclu qu'il fallait trancher le nœud gordien impossible à dénouer et qu'une séparation radicale des intérêts et des biens s'imposait.

XI. — *Caractères du Régime matrimonial dans le Code*

De pareilles conceptions n'étaient point encore en faveur au moment de la rédaction du Code, et le choix de la communauté, comme régime légal, le dit assez nettement. Bérenger avait même proposé à cette époque d'adopter, au lieu de la communauté mobilière, la communauté universelle qui, confondant entièrement les intérêts des conjoints, lui semblait plus conforme à la nature de la société conjugale (1). Sa proposition ne fut pas accueillie ; mais on écarta également la motion assez curieuse de Portalis qui demanda, sans y insister du reste bien longuement, la séparation de biens comme régime de droit commun (2), et celle moins radicale de Malleville qui tendait à la restriction aux acquêts de la communauté légale (3). Après d'assez vives

1. Fenet. XIII. p. 552.
2. Ibid. p. 526.
3. Ibid. p. 549 et 570.

discussions, la communauté mobilière triompha de toutes les résistances, et obtint la préférence sur les autres régimes proposés.

Ne nous y trompons pas cependant : ce ne furent pas des données théoriques, des aperçus philosophiques, ou des conceptions sociales *a priori* qui dictèrent le système du Code dans la matière des régimes matrimoniaux. Ses rédacteurs agirent essentiellement en praticiens ; ils constatèrent en France une assez grande diversité de coutumes à cet égard, la division des pays en pays de dotalité et pays de communauté, selon que le droit romain ou le droit coutumier y avait une influence prédominante ; et, désireux de respecter les habitudes acquises, peu soucieux d'innover, ils se contentèrent d'ériger celui de ces régimes dont l'extension était la plus grande et l'établissement le plus aisé en régime légal, laissant toute liberté aux futurs conjoints de stipuler soit la dotalité, soit telle autre clause qui leur semblerait préférable.

On a reproché quelquefois au Code ce principe de la liberté des conventions matrimoniales, et l'on a prétendu qu'il y aurait avantage, un « bon régime » étant trouvé, de l'imposer comme loi générale pour le plus grand bien de tous.

Ce reproche nous semble porter à faux. L'on peut d'abord invoquer en faveur de la liberté des conventions matrimoniales, comme le faisait remarquer Berlier, la nécessité de débarrasser les abords du mariage de toutes les prescriptions et prohibitions gênantes qui pourraient en éloigner. En outre, cette conception du législateur tenant en

tutelle les conjoints, les traitant en mineurs, choisissant pour eux le régime voulu, et se comportant à leur égard en bon tyran, nous paraît assez peu conforme à l'évolution démocratique de notre société. Plus de 80.000 contrats de mariage, signés chaque année, viennent du reste fournir un témoignage permanent en faveur de la liberté des conventions matrimoniales : 32 pour 100 des mariages réclament le concours du notaire pour user de cette liberté ; et il est infiniment probable que le nombre en serait sensiblement plus élevé, si la perspective des frais toujours considérables de l'intervention notariale ne rebutait bien des couples.

Qu'est-ce, au demeurant, que ce « bon régime » que l'on voudrait voir imposer à tous les ménages français ? Existe-t-il vraiment un régime qui soit excellent dans toutes les hypothèses et puisse s'adapter parfaitement à toutes les professions ? Nous avons peine à le croire ; l'extrême diversité des conditions économiques qui séparent le ménage ouvrier du ménage agricole, et tous les deux des ménages bourgeois et commerçants, nous permet de penser que le système plus souple de la liberté des conventions présente assez d'avantages pour être conservé.

La communauté légale ne nous offre-t-elle pas, du reste, l'image d'un régime inadapté à certaines situations, et dont l'usage, dans certains milieux, n'est pas sans avoir de graves inconvénients ? Réglementé en vue du ménage rural, qui présentait, il y a un siècle, le type courant de la famille de travailleurs manuels, s'accommodant parfaitement, d'autre part, aux pratiques et aux habitudes commerciales, il est apparu dans les familles ouvrières comme injuste à

l'égard de la femme dont les gains et les salaires tombaient intégralement entre les mains d'un mari investi de pouvoirs excessifs. « La femme dans le Code civil, remarque Albert Sorel (1), est une femme dotée, en général, de terre ou de maison, mariée à un propriétaire ou locataire d'immeubles, associée à son travail. Elle contribue à la prospérité du bien ; il est naturel que les fruits se partagent entre les époux et que l'homme, supposé plus expérimenté, plus fort en tous cas de ses mains, et plus apte à remuer la terre, dirige la communauté. Mais ces règles faites pour le ménage rural ne s'appliquent plus directement au ménage ouvrier des agglomérations urbaines. Trop d'occasions y sont offertes à l'indiscipline familiale de l'homme, à ses passions, à son instabilité. Il est trop aisé à un homme sans tendresse et sans prévoyance d'abandonner sa femme, lui laissant la charge des enfants nés de lui. »

La communauté, il est vrai, possède ce grand avantage d'être en conformité parfaite avec la confiance mutuelle des époux, de réaliser matériellement (réserve faite des critiques techniques qui peuvent atteindre la qualité et l'importance de leurs apports respectifs) l'identification de leurs intérêts, et leur association dans la bonne et la mauvaise fortune. L'égalité de conditions qu'elle établit à la dissolution de la communauté semble de toute justice, si l'on considère que la fonction conservatrice de la femme, ses qualités d'ordre et d'économie, son rôle au foyer et dans l'administration du ménage, en dehors même de tout gain personnel,

1. Livre du Centenaire. Introduction, p. XLIII.

compensent sensiblement les efforts déployés par l'homme pour l'acquisition des ressources de la famille.

Le point faible de ce régime c'est, outre la nécessité, à la dissolution, d'un partage souvent difficile à réaliser, l'exagération du principe de l'unité de direction, et les pouvoirs excessifs donnés au mari. Sans doute, le mari n'est plus comme autrefois seigneur et maître de la communauté. Le Code, tenant compte des critiques soulevées dans l'ancien droit par ce système, a réduit dans une notable proportion son droit de disposer des biens communs à titre gratuit ; mais cette restriction n'est qu'apparente, car ce que le Code retirait au mari d'une main il le lui rendait de l'autre et ses pouvoirs gagnaient en étendue ce qu'ils perdaient en intensité. En considérant en effet comme meubles divers éléments de la fortune que l'ancien droit rangeait parmi les immeubles, tels que les rentes foncières, les offices transmissibles, il donnait au mari une portion beaucoup plus considérable de la fortune de sa femme, qui tombait dans la communauté au lieu de lui rester propre.

Ainsi la communauté, en réalisant entre les époux une certaine association d'intérêts, ne les associe nullement dans l'administration de ces biens, dont la femme se trouve presque totalement écartée. Le mari agit sans contrôle, en pleine indépendance ; ses pouvoirs, qui dépassent de beaucoup ceux d'un simple administrateur de société, lui permettent d'employer à sa guise, et sans qu'il soit tenu d'en rendre compte, les revenus communs ; et l'on a vu des prodigues, des originaux, des maniaques, plus fréquemment encore des hommes dépravés, gaspiller en folies coû-

teuses, en occupations immorales, en collections ruineuses, en aventures politiques plus ou moins honnêtes, cet argent qui, destiné à faire vivre le ménage, aurait dû leur être sacré. Si le cas n'est pas ordinaire, il n'en est pas moins possible, et une féministe distinguée a pu dire, non sans apparence de raison, que, si les hommes connaissant mieux la loi usaient de tous les droits qu'elle leur confère, « la société conjugale serait inhabitable pour les femmes » (1).

De la sorte, loin que l'interdépendance des époux dans la gestion du patrimoine commun fût assurée, la femme en a été systématiquement écartée on l'a condamnée à tout subir sans mot dire. L'injustice d'un pareil système éclate de plus en plus, à mesure que s'accroît le nombre des femmes travaillant hors de la maison, et des professions qui, jusque là réservées aux hommes, s'ouvrent au travail féminin. On pourrait compter aujourd'hui le nombre des professions dont l'accès est interdit à la femme (2). Depuis cette évolution économique, les pouvoirs du mari administrateur de la communauté ne portent plus seulement sur des biens gagnés par lui et conservés par sa femme, mais encore sur les salaires de cette dernière, souvent indispensables, étant donné le renchérissement de la vie, à l'entretien du ménage, et qui se trouvent exposés aux mêmes imprudences et aux mêmes dilapidations de la part de l'homme.

Partant toujours de cette tendance fortement autoritaire

1. Mlle Maugeret. Le Féminisme Chrétien, p. 144.

2. La statistique de l'Office du Travail de 1900 révèle l'existence de plus de 2 millions de femmes mariées accomplissant un travail personnel et rémunéré.

qui lui avait fait exagérer l'autorité maritale sur la personne, le Code a encore renforcé les pouvoirs du mari par une institution d'une portée générale et qui, ne rentrant pas dans l'économie particulière de la communauté légale, trouve son application sous l'empire de presque tous les régimes matrimoniaux : c'est l'incapacité civile de la femme mariée, en vertu de laquelle la femme ne peut, sans autorisation du mari ou, à défaut, de la justice, procéder valablement à un acte juridique. Elle ne peut donc librement ni contracter, ni acquérir ou aliéner un bien, ni exercer une action en justice, ni faire choix d'une profession.

Ce serait pourtant une erreur d'attribuer à la seule influence de l'esprit autoritaire l'établissement de l'incapacité féminine. En réalité, rien de plus confus que les origines de cette institution, rien de plus difficile à établir avec certitude que son fondement véritable. Il semble bien, au premier abord que l'on ait voulu suivre la tradition coutumière et l'opinion de Pothier qui écrivait : « Le besoin qu'elle a de l'autorisation de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation (1) ». Les travaux préparatoires ne fournissent à peu près aucun éclaircissement sur la question. A peine peut-on trouver dans la bouche de Cambacérès une phrase qui paraît confirmer cette première impression, lorsqu'il explique que l'égalité de puissance et la diversité des opinions sur les plus petits détails entraveraient perpétuellement l'administration commune (2). D'ailleurs en l'état de nos

1. Puissance du mari. N° 3.
2. Fenet. I. p. 156.

textes, l'argument de Pothier demeure avec toute sa force : la femme mariée est incapable; la femme non mariée ne l'est pas ; l'incapacité qui frappe la première ne peut donc être envisagée que comme une conséquence de l'autorité maritale et de la nécessité d'un pouvoir domestique. Et ce qui tend encore à l'établir, c'est que la femme commerçante, qui a besoin pour son négoce d'une liberté d'action plus grande, peut l'obtenir d'une autorisation générale du mari.

Mais pour peu qu'on examine les détails de l'institution, on sent immédiatement la persistance du préjugé romain sur la faiblesse du sexe. Comment expliquer, autrement, que l'autorisation de justice soit exigée pour habiliter la femme, lorsque le mari ne peut, par suite de son absence, de sa minorité, de son interdiction, etc... lui donner l'autorisation nécessaire ; que la nullité de l'acte accompli sans autorisation puisse être demandée par la femme elle-même ; que l'autorisation du mari, sauf deux ou trois exceptions, doive être forcément spéciale ? Evidemment, à l'idée de l'autorité maritale se mêle ici celle d'une protection due à la femme, protection humiliante et doublement incompréhensible à l'heure actuelle, en regard de la pleine capacité accordée aux filles et veuves, et de l'évolution économique qui chaque jour initie davantage les femmes à la pratique des affaires, leur ouvre des professions jadis exclusivement masculines, et remet entre leurs mains des établissements où leur gestion, comme notamment dans le petit commerce, est loin de se montrer inférieure à celle des hommes ?

« Jamais, remarque justement P. Gide, les habiles rédac-

teurs du Code n'avaient appliqué plus maladroitement leur procédé habituel d'éclectisme » (1). Entre l'incapacité instrument de protection pour la femme, et l'incapacité instrument de l'autorité maritale, il fallait choisir ; ils ont préféré ne pas faire ce choix et bâtir de pièces et de morceaux une institution d'une utilité contestable, reposant sur un fondement boiteux et inélégant.

Nous venons de rencontrer l'idée de protection de la femme, mais sous une forme, à la fois inutile et blessante, qui consacre à son détriment une infériorité injuste ; il existe dans le Code une autre institution qui, en dépit des critiques qu'appellent les défectuosités particulières de son organisation, fournit à la femme mariée une protection plus rationnelle : c'est l'hypothèque légale, établie par la loi à son profit, qui garantit ses créances en grevant les immeubles de son mari.

Le principe en est aisément justifiable. C'est une contrepartie des pouvoirs très étendus du mari sur la communauté, et elle se base sur l'impossibilité morale dans laquelle se trouve la femme mariée d'exiger au cours de la vie conjugale des garanties contre lui. Il faut compter, en effet, non seulement avec les pouvoirs légaux de ce dernier, mais encore avec l'ascendant moral qu'il exerce sur la personne de sa femme, et qui bien souvent empêchera cette dernière de recourir au remède extrême de la séparation de biens judiciaire. Une pareille initiative, si elle peut sauver la fortune compromise, ne risque pas moins de compromettre la bonne entente des époux ; et la plupart du temps

1. Condition privée de la femme, p. 473.

la femme sacrifiera volontiers la première dans l'espoir de conserver la seconde. Il importait donc qu'une garantie discrète et permanente protégeât la femme au cours du mariage, sans exiger de sa part une intervention irritante ; l'hypothèque légale apporte cette garantie, mais elle la donne à la fois excessive et insuffisante, excessive par les atteintes qu'elle porte au crédit du mari, insuffisante lorsque celui-ci ne possède pas d'immeubles.

Donc, association des intérêts des époux, mais association incomplète, parce qu'elle ne s'étend pas à la gestion du patrimoine commun, — unité de direction assurée, mais assurée aux dépens de la femme, traitée comme une mineure contrainte de subir l'administration omnipotente du mari, — enfin protection énergique, mais défectueuse qui la garantit insuffisamment contre les risques de cette administration, — telles paraissent être les grandes lignes du régime commun des biens entre époux, avec ses avantages incontestables, mais aussi ses défauts évidents.

XII. — *Evolution du Régime matrimonial*

Un semblable résumé n'est plus toutefois aussi rigoureusement exact après l'évolution qui s'est produite depuis un siècle en ces matières ; des changements notables sont survenus, les uns provenant de l'usage, les autres de décisions de jurisprudence, d'autres enfin des lois postérieures, dont la plupart ont heureusement corrigé les défauts que nous venons de signaler.

Il faut noter en premier lieu, par ce que, non prévues

par le Code, elles se sont introduites de très bonne heure dans la pratique notariale, les conventions faites par la femme pour renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un créancier du mari ou d'un acquéreur de ses biens, ou même pour l'y subroger. Ces conventions ont eu, en un sens, une influence des plus heureuses ; elles ont abouti, en effet, à ce résultat que le mari, obligé, pour garantir ses co-contractants de toute éviction ou droit de préférence, de faire intervenir sa femme dans la vente des immeubles grevés de l'hypothèque légale, ne peut plus disposer seul, non seulement de ses immeubles communs, mais même de ses immeubles propres. La collaboration des époux, leur interdépendance s'est trouvée, de ce chef, partiellement organisée. Et les lois du 23 mars 1855 (article 9) et 13 février 1889 sont venues consacrer définitivement cet usage dont la légitimité avait fait jadis l'objet de mainte controverse. Il faut remarquer, cependant, que la protection de l'hypothèque légale, pour la femme, est devenue depuis singulièrement illusoire, puisque chacun de ces trafics, qui venait renforcer le crédit marital jadis entravé, n'a pu s'opérer qu'au détriment des sûretés que trouvait la femme dans cette institution.

Une atteinte plus directe a été portée, depuis 1860, aux pouvoirs du mari sur la communauté par une jurisprudence solidement établie aujourd'hui, en vertu de laquelle sont annulées, comme frauduleuses, toutes les donations excessives et hors de proportion avec l'importance de l'actif de la communauté (1).

1. Rouen, 25 janvier 1860. D. 61. 5. 87 ; Toulouse, 22 juillet

Mais où les progrès les plus sensibles ont été réalisés, c'est dans les diverses restrictions apportées à l'incapacité de la femme mariée. Les mœurs ici se sont chargées de tracer très nettement la voie aux modifications légales et jurisprudentielles, et l'on peut dire que les unes et les autres ont été imposées par la constatation des faits et des nécessités pratiques de la vie.

On ne tarda pas, en effet, à se rendre compte que, dans la plupart des familles, et spécialement dans les familles ouvrières, le véritable chef de ménage, c'est-à-dire l'époux chargé de pourvoir à l'entretien matériel de la famille et du foyer, se trouvait être la femme et non l'homme, absorbé par le labeur professionnel, et inhabile à s'occuper des menus détails de la vie quotidienne. Or, il était impossible de faire cadrer les diverses formes de l'activité ménagère de la femme, et notamment son rôle dans les achats de fournitures qu'elle était appelée à faire, avec les règles de l'autorisation maritale. On dut admettre qu'un mandat général était tacitement donné à la femme par le mari. En vertu de ce mandat tacite, la femme, par ses achats et ses opérations engageait les biens de communauté et se trouvait ainsi investie d'une part importante dans leur administration.

Cette part s'accrut rapidement ; à leur tour, en effet, les règles du mandat tacite se trouvèrent trop étroites et craquèrent sous la poussée des usages et de la pratique ; et la jurisprudence n'hésita pas à admettre des conséquences qui se rapprochaient beaucoup plus d'un pouvoir propre d'in-

1865. D. 65. 2. 162 ; Bordeaux, 16 janvier 1878. D. 79. 2. 182 ; Agen, 11 février 1896. D. 97. 2. 513.

tervention reconnu à la femme que de l'idée d'un mandat tacitement accordé par le mari. C'est ainsi que l'on a successivement admis le droit de la femme à faire les achats nécessaires au ménage, même quand le mari était absent et s'était volontairement éloigné de sa famille (1), même si, ayant renvoyé sa femme du domicile conjugal ou refusant de l'y recevoir, et ayant ainsi révoqué le mandat présumé, il ne pourvoit pas lui-même aux frais du ménage (2). La conception d'une division du travail domestique profitant à la femme, à raison de ses aptitudes particulières dans le gouvernement du foyer, se substitue ainsi peu à peu à l'idée d'une autorité maritale s'étendant à toutes les matières qui intéressent la famille.

On a été plus loin encore. Et en effet, reconnaître à la femme le droit d'assurer l'entretien du ménage devenait une singulière ironie si, de par le fonctionnement normal de la communauté légale, elle ne pouvait disposer d'aucune ressource, et si le mari demeurait libre non seulement de garder intégralement ses salaires personnels, mais aussi de mettre la main sur ceux de la femme et des enfants. Or c'est ce qui se passait fréquemment dans les familles ouvrières ; et des abus criants se produisirent par suite des entraînements de l'homme au jeu ou à la boisson et des dilapidations qui en furent la conséquence. On fut obligé

1. Rennes, 26 août 1820. J. G. *Contrat de mariage.* 1007 et 1014 ; Paris, 1er mai 1823. J. G. eod. v° 1007. *Mariage* 810 ; Paris, 25 février 1826. J. G. eod. v° 1007 et 1014.

2. Cass. Req. 28 décembre 1830. J. G. *Contrat de mariage.* 1011 § 1 ; Cass. Req. 21 mars 1882. D. 82. 1. 362 ; Dijon, 13 novembre 1895. D. 96. 2. 133 ; Paris, 9 décembre 1895. D. 96. 2. 133.

d'admettre que la femme pouvait garder ses salaires, soit pour effectuer des placements, soit pour les employer aux dépenses du ménage. Les lois du 9 avril 1881 sur la Caisse d'épargne postale et 20 juillet 1895 sur les Caisses d'épargne ordinaires vinrent, par une extension considérable du mandat domestique, consacrer le droit de la femme à placer librement ses économies et à les retirer sans l'assistance du mari.

A rompre ainsi avec le droit commun, le Parlement aurait dû le faire plus hardiment et complètement ; il ne l'osa pas et réserva le droit du mari à élever contre ces retraits une opposition destinée à triompher, si dans le délai d'un mois la femme ne recourait pas à la justice. Si imparfaite que fût cette réforme, elle n'en constituait pas moins un réel progrès : c'était une dérogation au principe de l'autorité maritale, et ce délai même d'un mois, pendant lequel le mari ne pouvait, malgré son opposition, toucher les fonds déposés à la caisse d'épargne, indiquait le souci de mettre une limite à l'étendue de ses pouvoirs. M. Denormandie, rapporteur de la loi au Sénat, le soulignait du reste dans une phrase qui marque bien, comme nous le disions, à quel point les mœurs imposaient cette innovation : « Nous ne faisons pas, disait le rapporteur, l'application rigoureuse des principes ; nous faisons du fait ; nous intervenons sous l'empire d'une préoccupation de bienfaisance et de secours donnés à des mères de famille souvent bien éprouvées ». En pratique, la dissimulation par la femme de son livret de caisse d'épargne, et d'un autre côté la répugnance du mari à se lancer dans la procédure assez compliquée des opposi-

tions, ont fortifié le droit d'épargne de la femme, et la statistique a révélé que le nombre des remboursements obtenus par les maris était absolument infime.

Ces lois, du reste, n'ont pas été les seules à accroître la part de la femme mariée dans l'administration pécuniaire de la famille. La loi du 20 juillet 1886, relative à la Caisse nationale des Retraites pour la vieillesse, l'a autorisée dans son article 13 à faire à cette caisse, sans l'assistance de son mari, des versements dont le bénéfice devait profiter également aux deux conjoints. D'autre part, l'incapacité de la femme a été encore battue en brèche, d'abord par la loi du 6 février 1893 qui, en rendant à la femme séparée de corps sa pleine capacité civile, montrait bien que la prétendue infériorité féminine ne pouvait plus être admise comme base sérieuse de l'incapacité légale ; ensuite plus directement par l'article 3 de la loi du 1er avril 1898, qui permet à la femme d'entrer, sans l'autorisation maritale, dans les sociétés de secours mutuels et d'en créer.

Cette évolution légale est soutenue et renforcée par une évolution parallèle de la jurisprudence ; nous en avons déjà donné quelques exemples ; notons encore l'appui que la justice tend à prêter à la femme pour lui assurer le libre choix de sa profession. C'est ainsi que l'on peut relever plusieurs décisions qui ont admis, pour la femme, en l'état d'une défense formelle du mari, la possibilité d'une autorisation judiciaire d'entreprendre le commerce (1).

On ne peut clore cette rapide revue des principales modi-

1. Paris 3 janvier 1868. D. 68. 2. 28 ; Trib. com. St-Etienne, 16 janvier 1880, D. 81. 2. 225.

fications apportées par les mœurs, la jurisprudence et les lois, à la règlementation de la société pécuniaire des époux, sans signaler les propositions actuellement déposées au Parlement pour assurer à la femme mariée la libre disposition de son salaire. La première, votée le 27 février 1896 par la Chambre des Députés, attend depuis onze ans dans les cartons parlementaires l'heure d'être soumise à l'approbation du Sénat. C'est la proposition Goirand qui généralise et coordonne les dispositions spéciales édictées par les lois ou admises par la pratique dans cette matière.

« Quel que soit, — dit cette proposition, — le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir, sans le concours du mari, les sommes provenant de son travail personnel, et d'en disposer librement ».

Le vote de cette proposition fut en outre suivi de celui d'une motion additionnelle qui portait :

En cas d'abandon par le mari du domicile conjugal, la femme peut obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir-arrêter et toucher des salaires ou émoluments du mari en proportion de ses besoins et du nombre de ses enfants. Le même droit appartient au mari, en cas d'existence d'enfants, si la femme ne subvient pas spontanément dans la mesure de ses facultés aux charges communes.

Cette double proposition, un peu sommaire, il est vrai, posait cependant un principe qu'il était possible de consacrer par des dispositions plus explicites, et fournissait une base sérieuse à l'élaboration de la réforme demandée. Malgré la campagne menée par l'association féministe l'*Avant-Courrière*, qui a fait de cette réforme l'objet principal de ses

efforts, elle fut oubliée pendant dix ans. Une proposition de loi plus large déposée par M. Grosjean le 27 février 1905 sur le bureau de la Chambre ne fut pas discutée davantage, et il eût été à craindre que la question ne fût enterrée si une toute récente proposition de M. le sénateur Gourju n'avait rappelé sur elle l'attention de nos législateurs. Dans son exposé des motifs M. Gourju résume ainsi lui-même l'idée générale de son projet : « Les produits du travail et de l'industrie personnelle de la femme suivront, en ce qui concerne la propriété, les règles ordinaires du régime sous lequel les époux sont mariés, c'est-à-dire qu'ils seront communs sous le régime légal et les différents régimes de communauté et qu'ils seront propres à la femme sous les autres régimes ; et, à moins de stipulations contraires du contrat de mariage, la femme aura sur les fruits de son travail un pouvoir propre et irrévocable d'administration, de jouissance et de libre disposition. »

Plus large encore que la proposition Goirand, ce projet reconnaît à toutes les femmes qui travaillent, qu'elles travaillent pour leur compte ou pour autrui, des droits spéciaux, non seulement sur les produits immédiats et directs de leur travail, mais encore sur « les économies réalisées, les placements effectués, les biens mobiliers et immobiliers acquis par elles sur les produits de leur travail ».

XIII. — *La Réforme du Régime Matrimonial*

Ainsi, peu à peu, se précise et se fortifie un courant très marqué vers l'affranchissement économique de la femme. L'idée de son infériorité naturelle, cédant chaque

jour devant le perpétuel démenti que lui donne la pratique, n'a laissé subsister, comme base et raison d'être de la prééminence du mari dans le régime matrimonial des biens, que la nécessité d'une unité de direction. Mais voici que l'observation quotidienne des faits a fourni la preuve très nette, d'une part que, dans notre état social, la remise entre les mains du mari de l'entière direction du ménage tournait fréquemment au détriment de la famille et causait sa ruine (1), — et d'autre part que, dans les familles bien ordonnées et sagement administrées, la femme, reine du foyer, était, en vertu d'un partage tacite d'attributions, chargée de la direction du ménage, que l'homme, conscient de son infériorité sur ce point et absorbé par les travaux extérieurs, lui abandonnait très volontiers.

Cette double constatation a fait naître une conception nouvelle et plus égalitaire des rapports entre époux. On a reconnu « qu'il est urgent de faire, sous l'égide du mari, une part plus grande à l'initiative et au droit des épouses, en modifiant les textes qui, n'étant pas fondés sur la raison, ne sont plus en harmonie avec l'état de la civilisation présente (2) » et « d'assimiler de plus en plus les deux sexes l'un à l'autre dans tout ce qui est du domaine de l'équité et du droit, dans tout ce qui n'est pas contradic-

1. Une enquête faite en 1906 par MM. Landouzy, professeur, Henri et Marcel Labbé, chefs de laboratoire de la clinique Laënnec sur l'alimentation d'une centaine d'ouvriers et employés parisiens, a démontré que l'homme, dépensant en moyenne pour sa nourriture 1 fr. 14 par jour, fait une dépense quotidienne de 1 fr. 24 en boissons alcooliques, tandis que pour la femme les chiffres se trouvent être respectivement de 0 fr. 92 et 0 fr. 24.

2. Morizot-Thibault. De l'autorité maritale, p. 142.

toire avec la destinée physiologique comme avec les ressources naturelles de chacun d'eux ». (1)

En nous occupant de l'autorité maritale sur la personne, nous déclarions ne pouvoir trouver d'autre solution au problème de la discipline familiale que l'autorité du mari prudemment limitée ; mais quand il s'agit d'intérêts matériels, de rapports pécuniaires, une division du travail, un partage de l'autorité, en tenant compte des compétences respectives de chacun, s'offre, s'impose même comme solution. Ayant fondé en effet le droit et l'autorité non sur un pouvoir propre de l'un des époux, mais sur l'intérêt familial mieux servi par certaines dispositions naturelles, nous ne pouvons faire autrement que de reconnaître ici, à la double lumière des principes et de l'observation, qu'un partage est nécessaire. A l'homme les travaux lourds et pénibles, la défense de la famille, le pouvoir dans les relations extérieures, un droit général de surveillance et de contrôle ; — à la femme la royauté du foyer, les soins du ménage, la direction de l'intérieur. L'homme chef de famille, la femme chef de ménage, toujours tenue sans doute à une certaine déférence envers le chef de famille, mais investie cependant de pouvoirs propres dans les matières de son ressort, telle nous paraît être la formule logique et rationnelle à laquelle on tend visiblement à ramener l'économie des rapports entre époux.

Cependant plusieurs auteurs ont dénoncé les dangers de cette évolution. Ce partage de l'autorité, cette protection de

1. Préambule de la proposition Gourju relative au salaire de la femme mariée.

la femme assurée par son autonomie et sa liberté, au lieu de l'être par sa dépendance, risquent, à leurs yeux, de relâcher les liens économiques qui unissaient les époux, d'affaiblir l'association d'intérêts que doit créer entre eux la communauté légale, et de les acheminer ainsi vers un régime de séparation de biens, qui apporterait dans le groupe familial des germes de dissociation.

La séparation de biens, ont-ils fait remarquer, est un régime de méfiance réciproque, et comme fort heureusement ce n'est pas dans de pareils sentiments que s'unissent et que vivent l'immense majorité des couples français, l'édicter comme régime légal serait interpréter à rebours la pensée des conjoints. Il n'est pas admissible, en effet, qu'un homme et une femme qui se sont choisis mutuellement pour la vie, qui vont se donner l'un à l'autre corps et âme, fassent preuve de plus de précaution et de réserve quand il s'agit de leur fortune et refusent de mettre en commun leurs intérêts pécuniaires, alors qu'ils n'ont pas hésité à y apporter le plus intime de leur être. Cette attention scrupuleuse que l'on met à ne point confondre ses biens semble correspondre à une arrière-pensée de ne pas se donner sans retour ; ces vues égoïstes, ces précautions restrictives sont le propre des unions instables, elles ne sauraient légitimement constituer le droit commun du mariage indissoluble.

Il faut remarquer d'ailleurs que, même avec un régime de séparation, le versement par chaque époux d'une quote-part, (dont la fixation n'est pas une des moindres difficultés du système), est nécessaire pour l'entretien du ménage. Le paiement régulier de cette quote-part, les règlements de

comptes qu'elle entraînera périodiquement amèneront bien souvent des discussions, des mésintelligences, des discordes. En sorte que par son fonctionnement, comme par son principe, la séparation de biens sera un facteur de désunion et peut être, à ce titre, considérée comme un régime antisocial.

Ces critiques, développées avec beaucoup de force, n'ont pas arrêté les féministes, qui ont fait de la séparation de biens l'une de leurs revendications préférées, revendication votée, appuyée et soutenue avec une unanimité qui ne laisse pas d'être impressionnante. Droite et Gauche féministes, féminisme chrétien et féminisme anticlérical s'y sont ralliés, y voyant le moyen le plus simple, le plus clair et le plus sûr de consacrer l'autonomie de la femme mariée, de la libérer de l'incapacité qui la frappe actuellement, de protéger enfin ses gains et ses salaires contre la dilapidation maritale. L'exemple de la Roumanie, de l'Allemagne, de l'Angleterre, qui ont établi la séparation de biens comme régime légal, a été invoqué. L'idée a fait son chemin et le Comité de Réforme du Mariage l'adoptait tout récemment dans son projet de réforme, avec la rédaction suivante :

Art. 28. — Le régime légal obligatoire du mariage est la séparation de biens.

Art. 29. — Chacun des époux contribue aux charges du mariage, suivant les conventions contenues dans leur contrat, et s'il n'y a pas de contrat, ou si dans le contrat il n'y a pas de convention sur ce point, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence de la moitié de ses revenus ou de ses gains.

Art. 30. — La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile.

La raison de cette faveur dont bénéficie la séparation de biens réside, comme nous l'avons dit, dans ce qu'on y trouve le régime le plus restrictif des pouvoirs de l'homme, le plus favorable à la capacité civile de la femme, c'est-à-dire celui qui paraît être l'aboutissant logique de l'évolution dont nous avons retracé les traits essentiels. A l'argument tiré de la dissociation des intérêts des époux on répond, et non sans apparence de raison, que le meilleur moyen de réaliser l'union des âmes n'est peut-être pas d'y joindre une confusion de biens qui peut influencer, voire même décider la conclusion du mariage. En écartant au contraire de l'union conjugale tout ce qui ressemble à une spéculation, tout ce qui sent les calculs intéressés, on l'ennoblit et on l'élève. Les époux sauront désormais qu'en s'unissant l'un à l'autre ils ne doivent avoir en vue que les qualités physiques et morales de chacun, la convenance des caractères, l'affection réciproque qu'ils se sont inspirée. Quant aux fortunes, ils n'auront pas à y compter, et ce sera tout bénéficé pour la moralité de l'union.

Que si leur confiance mutuelle les pousse à réaliser en fait cette mise en commun que la loi ne prescrit pas, si la femme est tentée d'abandonner à son mari l'administration de ses biens propres, trop lourde à son gré, le régime de séparation ne s'y oppose pas, car aux mérites de la clarté et de la simplicité il joint encore celui de la souplesse. Des arrangements et des conventions peuvent se nouer en marge du régime et le projet du Comité de Réforme, les prévoyant déjà, les règlemente en deux articles :

Art. 31. — Lorsque l'un des époux a laissé la jouissance de ses biens à l'autre, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que son conjoint pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la présentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors.

Art. 32. — Les deux conjoints peuvent former entre eux une association civile et commerciale.

Et, toutefois, il nous semble que cette prévision même des confusions possibles sous le régime de séparation de biens est encore le meilleur argument qu'on puisse invoquer contre lui. A notre époque, en effet, et en l'état de nos mœurs, deux bons époux, quel que soit le régime sous lequel ils se sont mariés, vivront toujours dans un état pratique de communauté. Il n'est pas possible qu'une entente parfaite entre les conjoints n'aboutisse pas sous une forme ou sous une autre à la mise en commun de leurs ressources. Une certaine solidarité unira les deux patrimoines fictivement séparés, et si l'on veut maintenir réellement cette séparation dans toute sa rigueur, des gênes, des froissements provenant des différences de caractères, des habitudes dépensières de celui-ci se heurtant à l'avarice de celle-là ou vice-versa, risquent de se produire. Si au contraire la confusion se réalise, cette coexistence d'une communauté de fait avec un régime légal de séparation aboutira à priver la femme de la plupart des garanties qui constituaient l'excellence et la raison d'être de ce régime ; abandonnant à son mari l'administration de ses biens qu'elle n'osera lui reprendre qu'à la dernière extrémité, elle pourra tout aussi aisément être ruinée par lui.

Il est vraiment bien inutile d'opérer dans nos Codes une

transformation aussi radicale que celle proposée par le Comité de Réforme, si l'on doit retrouver dans la pratique, sous un nom différent, les mêmes errements, les mêmes habitudes, et à peu de chose près les mêmes inconvénients que sous le régime actuel. La communauté a des racines encore trop profondes dans nos habitudes françaises pour que l'on puisse envisager d'un œil indifférent les efforts de ceux qui veulent la supprimer. Nous avons eu l'occasion de dire combien le nombre important des contrats témoignait en faveur de la liberté des conventions matrimoniales ; nous pouvons noter ici que le contenu de ces contrats ne témoigne pas moins éloquemment en faveur de la communauté. La statistique de 1898 indique, en effet, que sur 82.346 contrats, 68.412 l'ont adoptée comme base de leurs dispositions, alors que 2.128 seulement stipulaient la séparation de biens.

L'indication fournie par ces chiffres est précieuse à retenir ; elle montre que, dans la masse, le régime de séparation est loin d'avoir obtenu la faveur que nous avons constatée à son égard dans certains milieux, dont le zèle réformateur pêche peut-être par trop d'intellectualisme et d'idéologie. Arrivera-t-on un jour à réaliser leur vœu, et la séparation de biens se substituera-t-elle définitivement à la communauté ? C'est possible, c'est même probable, étant donné le caractère très nettement individualiste de l'évolution actuelle du mariage. Il ne semble pas pourtant qu'il faille souhaiter d'atteindre bientôt cette étape de la législation familiale, car il est à craindre que la séparation des patrimoines des conjoints n'accompagne et n'aide à réaliser la

dislocation de leur union morale et sociale déjà ébranlée et rendue plus instable par la désastreuse pratique du divorce ; la séparation serait alors la manifestation de l'égoïsme d'individus qui, aussi peu généreux de leurs biens que de leurs personnes, prennent leurs mesures pour se quitter, sans complication, au premier tournant difficile du chemin de la vie.

Il est d'autant moins nécessaire de s'hypnotiser sur la substitution à la communauté de la séparation de biens, que la réduction de la communauté aux acquêts permettrait, nous semble-t-il, de réaliser sans grand bouleversement une amélioration notable dans la matière du régime matrimonial. Par cette combinaison de plus en plus adoptée à notre époque, les injustices et les anomalies qui résultaient de la mise en commun de fortunes mobilières souvent considérables disparaissent ; de fâcheuses complications relatives à la répartition des dettes sont évitées. Rien n'empêche ensuite, dans ce cadre pris comme régime de droit commun, de réaliser les réformes dont nous avons vu plus haut les premières bases déjà posées : confirmer légalement la division du travail et la répartition de l'autorité entre les époux, — les associer dans une gestion commune en exigeant, comme le voulait le Code civil de la Convention, leur double consentement pour les actes les plus graves, — supprimer graduellement l'incapacité civile de l'épouse, — la protéger enfin en lui réservant le droit de toucher et de placer ses salaires et ses gains, — et abolir, une fois ces mesures votées, la gênante et insuffisante protection de l'hypothèque légale. Ce sont là des améliorations dont la réalisation

progressive ne soulève ni grandes objections, ni grosses difficultés.

Une fois réalisée cependant, on peut affirmer qu'elles auront mis le régime des biens entre époux en harmonie avec les principes que nous rappelions en tête de cette étude et qui nous apparaissaient comme les exigences d'une organisation vraiment sociale de la famille : union des intérêts, association et interdépendance dans la gestion commune, unité de direction, protection de la femme.

Une dernière conséquence resterait à tirer de toute cette étude sur les rapports pécuniaires des époux. Puisque nous avons reconnu que, dans notre législation, l'autorité maritale ne se justifiait que par sa nécessité et sa bienfaisance sociale, — et cette conception, juridiquement exacte en 1804, l'est plus encore dans notre droit contemporain, — il faudrait envisager la possibilité d'en prononcer la déchéance et de la transférer à la femme, lorsque les faits ont montré, à n'en pas douter, que le mari est indigne ou incapable de remplir la fonction que la nature et la loi lui avaient départie. Nous verrons dans le chapitre suivant que l'on n'a pas hésité à organiser dans certains cas la déchéance d'une puissance non moins nécessaire et respectable : l'autorité paternelle. Les mêmes raisons militent avec autant de force en faveur de l'organisation de la déchéance de l'autorité maritale : le mari qui abandonne son foyer, contre qui une séparation de biens a été prononcée, que des crimes ou des délits ont fait jeter en prison, qui, à la suite de prodigalités inconsidérées, s'est vu imposer un conseil judiciaire, l'interdit..., seront le plus souvent indignes ou

incapables, les deux quelquefois, de remplir leurs devoirs de chef de famille. C'est alors qu'une intervention de la justice décernant à la femme ce titre, avec ses droits et ses charges, pourrait être bienfaisante pour la famille et pour le mari déchu lui-même.

CHAPITRE IV

De l'autorité Paternelle

« L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation », — tels sont les termes dans lesquels le Code pose le principe (art. 371 et 372) de l'autorité des parents sur les enfants — autorité que nous désignerons du terme traditionnel d'autorité paternelle, sans vouloir préjuger, par cette dénomination, de la question de savoir quelles sont les personnes qui en sont investies.

I. — *Conception individualiste et conception sociale*

Il importe du reste, avant d'aborder cette question, d'examiner quelles sont les bases mêmes de cette institution, les raisons qui la justifient aux yeux du législateur et le caractère qu'il a entendu lui donner.

Ici encore deux conceptions sont possibles : on peut envisager l'individu comme un être isolé, ou du moins qui, dans les diverses sociétés où il est appelé à vivre, doit conserver son absolue liberté et l'intégrité absolue de ses droits ; on

peut au contraire le considérer comme un être inséré dans divers organismes sociaux dont il doit accepter et respecter les bienfaisantes contraintes. Les droits de l'individu se trouveront alors limités par les devoirs qu'il contracte dans ces organismes, et dans le premier de tous, la famille, — et subordonnés à l'obligation d'agir en vue du bonheur de tous les membres du groupe. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'une conception individualiste, dans le second cas nous avons une conception sociale.

Et en faisant application de ces deux notions au sujet qui nous occupe, si nous envisageons l'autorité paternelle au point de vue individualiste, il nous faudra choisir entre deux extrêmes : la famille désorganisée au profit de l'enfant déchargé de tous devoirs et remis à la seule tutelle de l'Etat, ou la famille soumise au pouvoir despotique du père investi de tous les droits et indépendant vis-à-vis de l'Etat. Il peut sembler au premier abord étrange de qualifier d'individualiste cette première situation, et l'extension de ce terme pourrait paraître injustifiée, appliquée à un état social où la famille est précisément plus forte que jamais en apparence et où les liens de cet organisme naturel paraissent le plus solidement noués. Mais si l'on veut bien se rendre compte que, dans la famille ainsi comprise, les énergies familiales, au lieu de concourir, ainsi qu'elles le devraient, au bien-être de tous les membres du groupe et des enfants en premier lieu, convergent vers le chef dont l'intérêt est la mesure et le but de leur activité, on comprendra que l'action du groupement familial aboutit ainsi à servir et à favoriser un individu, au lieu de tendre à servir et favoriser l'ensemble du

groupe lui-même — et que la résultante en est ainsi bien réellement individualiste.

Dans une conception sociale de la famille, au contraire, nous aurons dans l'autorité paternelle une autorité tutélaire, dont le but principal, sinon unique, résidera dans l'intérêt des enfants qui y sont soumis, et qui, à travers les formes très variées, autoritaires ou libérales, que détermineront les diverses étapes de l'évolution sociale, restera basée sur deux principes : l'autorité paternelle n'est pas instituée au profit du père ; — les enfants au profit de qui elle est instituée ne peuvent normalement s'affranchir ni être affranchis par l'Etat des contraintes qu'elle fait peser sur eux.

II.— *Caractères de l'autorité paternelle dans le Code*

Ceci posé, voyons à quels principes le Code s'est arrêté en matière d'autorité paternelle.

Par suite de la brièveté et du vague de la plupart des dispositions de ce titre, de l'absence qu'on y constate de toute vue d'ensemble nettement exprimée, les jugements les plus contradictoires ont été portés sur l'œuvre du Code.

Un certain nombre de juristes et toute une école de sociologues, en tête de laquelle il convient de nommer Le Play, a reproché amèrement au législateur de 1804 d'avoir diminué l'autorité paternelle outre mesure, en la privant de toute sanction utile et de tout moyen efficace de coercition. « Un des reproches les plus fondés que l'on puisse faire au Code civil, a écrit Le Play, c'est la faible part d'autorité qu'il a laissée au chef de famille ». Après le maître,

ses disciples de la Réforme Sociale ont développé non sans vigueur la même thèse, reprochant surtout au Code la limitation exagérée du droit de correction, trop étroitement contrôlé par l'autorité judiciaire, et la loi du partage forcé, qui paralyse entre les mains du père l'autorité dont il est détenteur. Ainsi gênée dans son exercice, l'autorité paternelle, remarquent-ils, non seulement a été dépouillée du cachet austère et rigoureux de la puissance paternelle des pays de droit écrit, mais elle a même été réduite quelquefois au-dessous de ce qui était accordé au père par les coutumes.

D'autres écrivains, par contre, professant une opinion diamétralement opposée, se sont élevés non moins véhémentement contre ce qu'ils appelaient le caractère despotique de la puissance paternelle. C'est Pradines, l'un des promoteurs du projet primitif présenté par Roussel, qui écrit au lendemain de la rédaction du Code : « Les représentants du droit écrit l'ont emporté et, dans le compromis auquel on a abouti, si la puissance paternelle a été circonscrite, si son nom même a été relégué dans la rubrique du titre IX, elle a été en définitive maintenue au moins pendant la minorité avec le caractère despotique qu'elle avait à Rome... Les obligations du père n'ont été l'objet d'aucune sanction et son autorité a revêtu le caractère d'un droit indélébile et qui ne pourrait être atteint par aucune déchéance. » Plus près de nous, ces critiques ont été renouvelées, notamment par M. Sagnac, qui a soutenu que la réaction opérée par le Code contre l'œuvre de la Convention l'avait ramenée à la conception monarchique de la

puissance paternelle. Nous les trouverions encore dans le discours prononcé en 1901 par M. Feuilloley, avocat à la Cour de Cassation, sur *La magistrature et les lois protectrices de l'enfance*: « Le Code Civil, y est-il dit, est tout imbu des idées du droit romain : l'autorité paternelle y est constituée à l'image de ce droit ; elle a toujours pour principe le droit du père et du chef de famille, plutôt que l'intérêt de l'enfant (1) ».

Entre ces appréciations si divergentes comment nous prononcer? Une étude attentive des travaux préparatoires peut seule jeter quelque clarté sur la question.

III. — *Caractère tutélaire*

Remarquons tout d'abord à cet égard que la rubrique du titre IX « De la puissance paternelle » n'indique nullement l'adoption de la conception romaine. Bien au contraire, si l'on veut se reporter à la discussion qui eut lieu sur ce point au Conseil d'Etat, on verra que, dans le débat du reste assez sérieux que provoqua l'adoption de ce titre, on semble avoir d'un commun accord écarté l'idée d'une puissance absolue accordée au père de famille. On discute sur des mots et la question est de savoir s'il vaut mieux s'en tenir à l'expression traditionnelle de « puissance paternelle » ou s'il convient de marquer par des termes nouveaux le caractère tutélaire de l'autorité des parents sur les enfants. Tronchet lui-même, lorsqu'il combat comme trop révolutionnaire la motion de Boulay, tendant à

1. Le Droit, 17 octobre 1901.

rédiger le titre, « Droits et Devoirs des pères », Tronchet lui-même propose « autorité paternelle », et lorsque finalement les termes traditionnels soutenus par Malevillle sont maintenus, Berlier remarque aussitôt qu'ils ne signifient nullement un retour au droit romain : « Rien, conclut-il, ne ressemble, ni ne doit ressembler moins à l'ancienne puissance paternelle que l'autorité des père et mère que l'on veut retracer en ce titre. » (1)

Du reste, comme si l'on n'avait adopté qu'à regret les mots de « puissance paternelle », on les relègue, suivant l'expression de Pradines, dans le titre ; on évite de les répéter dans les articles qui en traitent, et c'est chaque fois le terme d'autorité que nous trouvons employé (2) pour désigner le pouvoir des parents. A ne prendre donc que les expressions dont le Code s'est servi, il semble bien que ce n'est pas la puissance permanente, despotique, individualiste, du paterfamilias qui ait servi de modèle aux législateurs de 1804.

Et cette impression est encore fortifiée lorsqu'on s'en rapporte à leurs déclarations sur la nature de cette autorité et aux définitions qu'ils en proposent. Nous y trouvons très explicitement affirmé le caractère tutélaire et désintéressé de l'autorité paternelle. La définition qui figurait dans le projet du Code appelait la puissance paternelle : « un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non

1. Fenet. x. p. 486 et s.
2. Art. 372 et 373.

émancipés par le mariage (1) ». « La loi, affirmait le tribun Vesin dans la séance du 1er germinal an XI, n'est pas faite seulement pour les pères, l'intérêt des enfants y est soigneusement ménagé (2). » La même pensée se retrouve moins timidement exprimée chez Réal, chez Boutteville qui dit au Corps Législatif : « La puissance paternelle, qui va reprendre sa place au sein des familles, qui surtout ne tiendra point à l'idée d'un droit de propriété dans la personne du père sur celle de ses fils, sera bien plus pour le bonheur des enfants que pour l'intérêt de ceux qui l'exerceront » (3). Plus catégorique encore est le discours d'Albisson au Corps Législatif : « L'autorité des pères et des mères sur les enfants n'a directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci. Ce n'est donc pas à proprement parler un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré » (4).

Ainsi l'autorité paternelle n'est plus considérée dans notre législation moderne comme un droit de propriété né pour le père de la génération. Cette idée romaine, reprise et longuement développée par Grotius (5), affirmée en passant par Montesquieu (6), n'a plus, fort heureusement, à l'heure actuelle que de bien rares défenseurs.

1. Fenet. x. p. 482.
2. Fenet. x. p. 528.
3. Fenet. x. p. 201.
4. Fenet. x. p. 536.
5. Le droit de la Guerre et de la Paix. II. ch. v.
6. Le consentement des pères est fondé sur leur puissance, c'est-à-dire sur leur droit de propriété ; il est encore fondé sur leur

On peut s'étonner d'avoir à ranger parmi eux l'éminent professeur de Droit à la Faculté de Paris, M. Boistel, chez qui l'on retrouve non pas, il est vrai, la théorie toute brutale de Grotius, mais une réminiscence qui, si atténuée qu'elle soit, nous paraît encore trop peu soucieuse de la dignité de l'individu et de la fonction sociale de la famille pour être admise.

C'est sur une analyse psychologique de l'état d'âme des parents que M. Boistel base sa curieuse et originale argumentation : il constate, ce qu'il serait difficile de nier, qu'en général l'on ne trouve pas chez les parents le désir absolument et totalement désintéressé de mettre au monde des enfants pour les élever, les nourrir et faire leur bonheur. A cet élément altruiste s'en joint un autre plus personnel qui consiste dans le plaisir savouré à l'avance « de voir, de caresser dans leur enfant une extension, une reproduction d'eux-mêmes, mais une reproduction meilleure, jeune, riche d'espérances et leur promettant la perpétuité sur terre » et par suite le « désir de profiter de cet enfant ». Or, conclut M. Boistel, si cette observation est exacte, « s'il est vrai que les parents ont ce double désir et entendent conserver sur leur enfant les droits nécessaires pour le satisfaire, il faudra en conclure que la personne de l'enfant n'a pu entrer en possession de sa nature que déduction faite de ces droits ; exactement comme celui à qui on a donné un immeuble *deducto usufructu* ne devient acquéreur que de la nue-propriété (1). »

amour, sur leur raison et sur l'incertitude de celle de leurs enfants. (Esprit des lois, liv. XXIII, chap. VII).

1. Cours de Droit Naturel, p. 308 et 309.

Un semblable raisonnement a le tort d'assimiler la personnalité humaine à une chose, assimilation radicalement impossible parcequ'elle serait immorale. L'enfant mis au monde possède en germe une intelligence et une raison appelées à se développer, qui le distinguent absolument des animaux et des choses et donnent à sa personnalité une dignité éminente. A aucun titre on ne pourrait dire, sans attenter à cette dignité, que son être, corps et âme, est la chose des parents, comme le croît du bétail appartient à l'éleveur qui le possède. L'enfant ne saurait être traité comme un moyen de jouissances ou de satisfactions pour un autre homme, si nobles du reste qu'on les suppose ; il est, en quelque sorte, à lui-même sa fin ; ou plus exactement, il a besoin pour remplir sa fin naturelle et surnaturelle d'une indépendance qui répugne à toute idée d'appropriation étrangère, de main mise sur ses facultés.

Si l'on admet, d'ailleurs, ce droit propre des parents issu de la génération, il n'y a aucune raison de décider qu'il prendra fin le jour où l'enfant, qui en est l'objet, aura atteint un certain âge. La croissance de l'enfant, son développement, son aptitude à une vie indépendante devraient être sans influence juridique sur un droit de cette nature. Il faudrait décider en bonne logique qu'il est perpétuel, qu'il pèse, comme dans la cité romaine, d'une manière permanente sur l'enfant, qui ne peut en être affranchi que par le bon gré de l'auteur de ses jours. C'est une conclusion si évidemment contraire à nos idées modernes sur l'autorité paternelle que les défenseurs du droit de propriété du père n'ont point osé aller jusque là.

Et de fait, le Code, en limitant en durée l'autorité paternelle, en en marquant le terme au jour où elle cesse de lui être utile, en interdisant au père d'abdiquer prématurément cette autorité par une émancipation qui nuirait à l'enfant incapable encore de se suffire, a bien marqué que, rompant avec les erements du droit écrit, il adopte le caractère tutélaire imprimé par les coutumes à l'autorité paternelle. Et si l'on ne peut souscrire au jugement trop absolu de Laurent, qui découvre « une identité entre le droit civil et les coutumes », il faut bien reconnaître que le Code a suivi de très près le droit coutumier et qu'il lui a emprunté sur ce point les conceptions générales qui inspiraient ses dispositions.

Ce caractère tutélaire se manifeste par une double limitation apportée à l'autorité paternelle : limitation en durée, que nous venons de signaler, et, en second lieu, limitation en étendue par le contrôle de l'Etat, qui veillera à la répression des abus possibles dans l'exercice de cette autorité. Nous allons voir au cours du XIX^e^ siècle, et dans ces dernières années, cette limitation, à peine indiquée dans le Code, prendre une importance grandissante, et ainsi s'accentuer ce caractère de protection désintéressée que nous avons reconnu à l'autorité paternelle dans notre droit civil.

Aussi, les définitions données par les jurisconsultes contemporains de l'autorité paternelle mettent presque toutes à la base l'intérêt de l'enfant. M. Beudant y voit « un ensemble de droits nécessaires et reconnus aux parents pour qu'ils puissent s'acquitter des devoirs que la loi et la nature leur imposent envers l'enfant ». M. Planiol la définit :

« L'ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs, pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents ».

IV. — *Caractère autoritaire*

Qu'est-ce à dire ? L'autorité paternelle, réduite à n'être plus pour les parents qu'un moyen d'accomplir leurs devoirs, n'est-elle pas pratiquement ruinée ? En face du droit de l'enfant affirmé comme primordial, n'apparaît-elle pas comme une simple tutelle, émanant du droit positif, réglée par lui, soumise à son contrôle absolu et souverain ? Et s'il en est ainsi, ne retombons-nous pas dans une conception individualiste, inverse de celle que nous avons combattue, mais tout aussi désastreuse pour la famille, ce qui justifierait les critiques de Le Play et de son école ?

Nous ne pensons pas qu'un semblable reproche puisse être fait au Code de 1804. Sans parler de l'influence du Premier Consul dont le césarisme naissant, comme jadis l'absolutisme royal des Bourbon, tendit à donner à la constitution de la famille le même cachet autoritaire qu'à celle de l'Etat, nous pouvons noter chez les rédacteurs du Code un très vif souci de ne pas affaiblir l'autorité paternelle en l'adoucissant. Ils saisirent très bien la différence capitale qui séparait l'autorité paternelle, magistrature naturelle exercée dans le sein du groupement familial, d'un pouvoir tutélaire quelconque organisé par la loi civile. Ils virent que, pour réglementer cette autorité, il convenait de ne pas pren-

dre pour seul guide l'intérêt individuel isolé de l'enfant envisagé abstraitement, à part, mais qu'il fallait tenir compte de ce que cet enfant devait se développer dans les cadres d'un groupement discipliné et que l'une des fonctions les plus importantes qui incombait au père éducateur, c'était, dans l'intérêt de cette éducation même, d'assurer la discipline familiale, d'être chef de famille respecté et obéi. Malleville, au cours des travaux préparatoires, note l'importance de cette discipline et l'influence de sa bonne organisation sur les mœurs publiques : « Il importe en général, dit-il, et surtout dans un Etat libre, de donner un grand ressort à l'autorité paternelle, parce que c'est d'elle que dépend principalement la conservation des mœurs et le maintien de la tranquillité publique (1) ».

Et d'ailleurs ce n'est guère le titre consacré par le Code à la puissance paternelle qui a soulevé les critiques des écrivains de la Réforme Sociale : ils ont attaqué surtout l'abolition de la liberté de tester qui, par contre-coup, disaient-ils, en privant le père de la sanction redoutable de l'exhérédation, a considérablement affaibli aux yeux des enfants le pouvoir que lui reconnaît la loi. Nous aurons à revenir plus loin sur cette question. Pour l'instant, il nous est difficile, répétons-le, de voir dans les dispositions du Code sur l'autorité paternelle une méconnaissance des pouvoirs des parents. Seuls le droit de correction et celui de jouissance sont réglementés ; encore le sont-ils d'une façon éminemment favorable à l'autorité du père. Sur tout le reste des rapports entre parents et enfants le Code garde le silence, c'est-

1. Fenet. x. p. 486.

à-dire laisse en pratique sans restriction l'exercice de l'autorité proclamée par l'article 372. Le législateur a mis une discrétion très grande, à notre avis exagérée, à s'immiscer dans les détails de la vie familiale.

Confusément peut-être, mais réellement, ce silence qui laisse le champ libre à l'autorité des parents s'inspire de l'idée, d'ailleurs juste, que cette autorité, si elle doit être surtout envisagée dans l'intérieur de la famille comme facilitant l'exercice d'un devoir, reste néanmoins à l'égard des tiers un droit. Le fait de la génération, impuissant, comme nous l'avons vu, à créer au profit du père un droit sur l'enfant, crée cependant au père, au profit de l'enfant, un droit exclusif de celui des tiers. Il n'est pas douteux que le fait d'avoir engendré l'enfant, puis de l'avoir sous sa garde, confère aux parents une double aptitude faite d'une affection naturelle, vive et profonde, plus féconde que tout autre sentiment en dévouements et en sacrifices, et d'une connaissance intime du tempérament, des qualités et des défauts de leurs enfants. Cette double supériorité incontestable de l'action des parents, l'enfant a le droit d'en bénéficier, et par conséquent les parents peuvent invoquer à l'égard des tiers, individus ou Etat, ce droit que leur confère la nature.

Mais investis par leur aptitude même d'un droit privilégié, ils ont une responsabilité morale plus lourde que celle du tuteur. A eux seuls incombe le soin de prendre toutes les décisions relatives à l'éducation des enfants, et ils ne peuvent se décharger de ce souci sur la délibération d'un conseil de famille. Aussi, proportionnelle à cette responsa-

bilité, leur autorité doit-elle être plus considérable. Le père, comme nous l'avons fait remarquer, n'étant pas seulement le protecteur et l'éducateur de l'enfant, mais le chef de la famille dans laquelle cette éducation se donne, doit jouir de pouvoirs assez étendus pour assurer à la fois les progrès physiques et moraux de l'enfant et faire régner la discipline dans la famille : une réglementation trop étroite, une énumération trop minutieusement restrictive et limitative de ses droits pourrait compromettre cette autorité et en gêner le fonctionnement normal.

Le Code a reconnu ces nécessités et respecté ces principes, et il établit entre les pouvoirs reconnus au père et ceux conférés au tuteur, une différence notable de degré et d'étendue. Il exige pour le tuteur l'intervention du conseil de famille chaque fois qu'une décision importante doit être prise relativement aux biens ou à la personne du pupille. La jurisprudence et la doctrine admettent que les droits de garde et d'éducation n'étant pas de l'essence de la tutelle peuvent en être détachés. Les pouvoirs du tuteur, en tous cas ne sont jamais très étendus ; sur les questions qui intéressent l'orientation religieuse et la direction de l'éducation à donner au pupille, il doit se conformer aux volontés exprimées par les parents (1). Ces derniers, au contraire, bénéficiant du silence du Code, jouissent sur tous ces points d'une autorité qu'aucune limite générale ne vient entraver.

1. Laurent. Principes de Droit civil Français. v. n° 1, p. 7 ; Aubry et Rau, 5e édition. 1. § 111, p. 673 ; Colmar, 19 novembre 1857. D. 59. 2. 36.

C'est pourquoi il nous semble bien permis d'affirmer qu'en rejetant la conception romaine, en adoptant la conception sociale des coutumes, le Code n'a pas restreint outre mesure les droits de l'autorité paternelle, qu'il ne l'a pas compromise par une réglementation exagérée, qu'il n'a pas réduit cette autorité aux simples droits précaires et bornés que la loi confère au tuteur.

Et la preuve c'est qu'une fois cette législation établie, on va reconnaître à l'usage qu'elle n'accorde à l'enfant qu'une protection insuffisante, que l'omnipotence des parents a trop de latitude, et que, pour corriger les lacunes révélées par la pratique, on va être obligé, au cours du XIX^e^ siècle, de forger toute une série de lois spéciales et générales, civiles, pénales, ouvrières, pour protéger les mineurs dans leur famille contre les abus de l'autorité paternelle.

V. — *Nécessité d'un contrôle de l'autorité paternelle.*

L'autorité paternelle, telle que l'organise le Code, donne au père sur la personne des enfants un triple droit : droit d'éducation, droit de garde, droit de correction, se ramenant en fin de compte au seul droit d'éducation qui les résume tous, puisque le droit de garde ne constitue que la condition nécessaire à l'exercice du droit d'éducation et que le droit de correction lui-même n'en est que la sanction.

Mais faut-il considérer ces droits comme absolus? Est-il admissible que le père use de son droit d'éducation pour priver son fils des bienfaits d'une instruction au moins élémentaire, pour l'assujettir à des travaux au-dessus de ses

forces ou nuisibles à sa santé ? que le droit de garde devienne entre ses mains un instrument de vexations inutiles ? qu'il s'en serve pour séquestrer arbitrairement l'enfant, ou le priver, sans justes motifs, de relations avec sa famille ? que le droit de correction soit exercé par lui avec une barbarie coupable ?

Evidemment non. Ces droits du père ont pour limite l'exercice des devoirs qu'ils sont appelés à faciliter. Le père, investi d'une autorité tutélaire, doit l'exercer pour le bien de l'enfant, et non au détriment de sa formation et de son intérêt bien entendu. Dès lors, une fois ce caractère tutélaire admis, on ne peut se refuser à faire préciser par la loi ces restrictions et ces limites et à poser en principe la nécessité d'un contrôle de l'Etat.

Ah ! sans doute cette immixtion de l'Etat dans la discipline familiale ne peut être considérée comme un bien et l'on ne saurait procéder avec trop de prudence quand on en règlemente l'exercice ; mais, si elle est regrettable, si elle peut être envisagée au point de vue naturel comme un désordre, c'est « un désordre justifié par la nécessité ». Cette intervention de l'Etat venant troubler les rapports d'autorité de parents à enfants est un mal, soit ! — mais l'exercice abusif, despotique, sans limites de cette autorité risquerait de devenir un mal plus grand encore et d'occasionner un désordre plus profond. Les pères peuvent, comme tous les hommes, être sujets à des passions, et leur autorité cesse d'être respectable le jour où, se laissant entraîner par ces passions ou seulement par des calculs d'intérêt personnel, ils perdent de vue l'intérêt des

enfants, qui est la base et la raison d'être de leurs pouvoirs.

Ceux qui s'opposent le plus énergiquement au droit de contrôle de l'Etat paraissent oublier que, dans ces familles modèles qui constituent leur idéal, où l'autorité du père forte et respectée est sagement exercée, l'adoption de ce principe de l'intervention n'apportera aucun trouble, précisément parce qu'aucun motif d'intervenir ne sera donné au pouvoir judiciaire. Seules les familles déja troublées et désorganisées par des excès d'autorité auront à souffrir de l'application du remède ; dans ce cas l'atteinte à l'autorité paternelle ne sera pas à vrai dire le fait de l'Etat, mais du père qui en aura abusé, en en méconnaissant les bases.

Que l'on réclame maintenant, une fois le principe admis, beaucoup de discrétion dans cette intervention d'une haute tutelle d'Etat, que l'on fasse valoir les sérieux inconvénients qui résulteraient pour les familles d'une réglementation étroite, introduisant trop fréquemment le contrôle de tiers dans l'exercice de l'autorité paternelle, que l'on exige surtout la restriction sévère de ce contrôle dans les limites où l'Etat est réellement compétent, c'est-à-dire dans la répression des actes contraires à la justice sociale ou au droit individuel, — c'est parfaitement légitime, et c'est même nécessaire. Mais de pareilles précautions ne doivent pas s'opposer à l'admission d'un principe qu'elles fortifient en le délimitant sagement.

Or c'est justement ce principe même de la limitation par la loi et du contrôle par l'Etat de la puissance paternelle que le Code a passé sous silence.

L'article 203 édicte le droit et le devoir d'éducation, mais ne les définit ni ne les organise. Le droit de garde ne comporte qu'une seule restriction, qui est du reste d'une valeur infiniment contestable : la possibilité pour le fils de contracter librement à 18 ans un engagement militaire, c'est-à-dire de se passer de l'autorisation paternelle pour entrer dans un milieu où sa moralité et sa bonne conduite courent d'ordinaire des risques sérieux ; disposition de circonstance que l'on sent dictée par le chef militaire préoccupé du recrutement de ses troupes, non par le législateur prudent, soucieux de la saine éducation des jeunes gens. Le droit de correction est le seul qui soit partiellement réglementé, — combien imparfaitement du reste, nous y reviendrons tout à l'heure.

C'est dans cette latitude pratiquement laissée à l'autorité des parents que nous retrouvons les traces de romanisme que Pradines autrefois signalait et critiquait, non sans quelque exagération. Le Code, nous avons eu l'occasion de le rappeler, est une œuvre de transaction ; nous saisissons ici sur le vif la cote mal taillée par laquelle on a tenté de concilier les deux droits : la rubrique de notre titre est empruntée au droit écrit ; le caractère général, les principes directeurs, les grandes lignes de l'institution sont prises au droit coutumier ; mais le droit écrit reparaît, non pas dans les articles du Code, mais entre les lignes, dans ce que nous n'y trouvons pas, dans ce silence complaisant qui laisse au père de famille des droits plus larges que la base qui leur a été donnée. Et l'on en arrive ainsi à rester en deçà des progrès accomplis par le droit coutumier, puisque,

sous l'Ancien Régime déjà, toute une jurisprudence élaborée par les Parlements avait commencé à fixer des limites à l'autorité paternelle.

A mesure que l'évolution des mœurs et des idées tendront à relâcher les contraintes légales de la discipline familiale, cette lacune de notre Code apparaîtra de plus en plus clairement, et, pour y remédier, toute une jurisprudence d'abord, toute une législation ensuite, vont restreindre au cours du XIX[e] siècle les prérogatives de la puissance paternelle. L'œuvre qui se poursuit ainsi est en partie double : elle fixe des limites aux droits des parents, — et ensuite elle sanctionne par des déchéances partielles ou totales les prohibitions qu'elle édicte. Un bref coup d'œil jeté sur cette œuvre législative et prétorienne suffira à nous convaincre de son importance.

VI. — *Droits de garde et de correction*

Le droit de garde reçoit de sérieuses limitations. La loi du 7 décembre 1874 interdit aux parents de faire exercer par des enfants de moins de 16 ans des professions ambulantes, ou de leur faire pratiquer la mendicité. La loi Roussel, du 23 décembre de la même année, plus nettement interventionniste, place sous la surveillance de l'Etat les nourrissons de moins de 2 ans de la garde desquels les parents se sont dessaisis en faveur de nourrices ou de personnes salariées ; dans ce cas la société ne trouvant plus chez la personne momentanément investie du droit de garde les garanties naturelles d'affection que lui présentaient les pa-

rents, reprend à bon droit l'exercice d'un contrôle permanent ; l'article 8 de cette loi, très caractéristique, interdit à la mère de se placer comme nourrice, si son dernier enfant n'a pas atteint l'âge de 7 mois ou n'est pas allaité par une autre femme ; c'est la protection organisée contre les imprudences que l'esprit de lucre pourrait entraîner la mère à commettre.

A cette époque déjà, la jurisprudence, par une évolution très remarquable et après une période de flottements et d'hésitations qui va de 1853 à 1867, se fixe définitivement dans le sens du refus au père du droit de règler arbitrairement les relations de ses enfants avec ses aïeuls et aïeules : de nombreux arrêts (1) établissent que le pouvoir du père ne peut aller jusqu'à interdire sans motifs légitimes toute communication, soit par visites, soit par correspondances, avec les grands parents ; qu'il ne peut même pas poser comme condition à ces relations sa présence aux visites de ces derniers.

Il faudrait aussi tenir compte de toute une série de restrictions au droit de garde résultant de la protection du travail des mineurs organisée par les lois ouvrières. Ces lois, et notamment celle du 2 novembre 1892, ne permettent pas d'employer d'enfant au-dessous de 13 ans dans les ateliers et, dans les travaux de nuit, les filles de tout âge et les garçons mineurs de 18 ans. Ces prohibitions s'imposent au père, mais elles ne sont pas sanctionnées à son égard ; si elles sont violées c'est le patron coupable qui

1. Cass. 8 juillet 1857. D. 57. 1. 273 ; Cass. 26 juillet 1870. D. 71. 1. 217 ; Cass. Req. 12 février 1894. D. 94. 1. 218.

paiera l'amende ; la famille, et c'est là une lacune regrettable, ne sera pas inquiétée. On semble avoir perdu de vue la responsabilité des parents en ces matières.

Le droit de correction a été insuffisamment délimité en ce sens que seul le droit pour le père de faire incarcérer son fils sur réquisition a été prévu et réglementé. Mais quels sont les châtiments domestiques dont les parents peuvent user ? Où commence l'abus ? où finit le droit ?

Sans doute la matière était délicate et une règlementation très élastique s'imposait ; mais il est à regretter que le Code, dépassé à l'heure actuelle sur ce point par plusieurs législations étrangères, ait cru devoir garder un complet silence. Ne pouvant s'appuyer sur une limitation inscrite dans la loi civile, la jurisprudence s'est montrée de plus en plus sévère dans l'application qu'elle a faite aux parents coupables de brutalités envers leurs enfants des articles du Code pénal (1) qui punissent les blessures, coups, violences et voies de faits. Elle est allée assez loin dans cette voie pour déclarer qu'il y avait délit, même en dehors de toute violence corporelle proprement dite, dans le fait d'enfermer un enfant plusieurs jours dans une chambre obscure avec une nourriture insuffisante (2). Mais elle n'est point encore, en ces matières, fixée d'une manière définitive, et l'on peut déplorer qu'à l'heure actuelle, au milieu de décisions très diverses et contradictoires, une hésitation et une fluctuation fâcheuses se manifestent encore.

1. Art. 309 et 311 Cp.
2. Nimes. 31 janvier 1879. J. G. S. v° Puissance Paternelle 14.

Quant au droit d'incarcération lui-même, c'est-à-dire au droit dont dispose le père de faire détenir son fils par la force publique, droit absolu tant que l'enfant a moins de 16 ans, droit soumis à l'appréciation du président du tribunal si l'enfant est majeur de 16 ans, on peut prévoir d'ores et déjà sa disparition de notre Code (1), et il y a lieu de s'étonner qu'une institution aussi surannée ait persisté jusqu'à nos jours dans sa rigueur primitive.

Donner au père le droit si grave de porter atteinte à la liberté de son enfant, et cela sans avoir à en rendre compte à qui que ce soit, est en contradiction trop formelle avec nos mœurs et avec l'évolution législative actuelle, qui a tendu constamment à multiplier les garanties en faveur de la liberté individuelle. Ce droit de correction nous apparaît à la fois aujourd'hui comme trop rigoureux et trop absolu, et de plus comme parfaitement inefficace dans l'immense majorité des cas.

Trop rigoureux déjà dans le fait d'un internement pouvant se prolonger jusqu'à un mois, à une période de la vie où le besoin d'exercice, de liberté, d'expansion, de grand air, se fait sentir avec une force particulière, le droit de correction a été encore aggravé dans la pratique, puisque, par suite de l'insuffisance des prisons départementales, la détention en cellule dans un quartier isolé, qui devait être la règle, est devenue l'exception et que, très fréquemment à l'heure actuelle, c'est sous l'empire du régime démoralisant et honteux de la détention en commun que l'enfant est incarcéré.

1. Elle a été réclamée par le Congrès pénitentiaire de 1900.

Trop absolu surtout : le reproche n'est pas nouveau, il fut fait par les tribunaux d'appel de Rennes, Angers, Bruxelles et Poitiers, dans les observations que leur suggéra la première rédaction du Code ; il fut repris par Barbier et le consul Lebrun, qui protestèrent vainement contre l'extension exagérée de ce droit. Si l'on veut bien y prendre garde en effet, c'est une prérogative tout à fait exceptionnelle que l'on donne au père ; nous ne sommes point là dans l'exercice normal de l'autorité paternelle à l'intérieur du groupe familial, et le contrôle de l'Etat ne peut plus être combattu, dans ce cas, par les raisons de discrétion qui inspirent les répugnances des non-interventionnistes. Tout l'appelait, et le caractère rigoureux et anormal de la punition, et le fait que c'était au pouvoir coercitif de l'Etat lui-même que le père avait recours. Rien de plus naturel, en conséquence, qu'une vérification par l'Etat des motifs invoqués par le père ; ce n'était pas l'immixtion si redoutée de l'Etat dans la famille, c'était le contrôle de la légitimité de l'immixtion familiale dans l'usage de la puissance publique.

Les rédacteurs du Code n'ont pas cru cependant devoir faire fléchir devant ces raisons leurs conceptions autoritaires : ils repoussèrent même l'institution d'un tribunal de famille, jugeant « inconvenant » cette sorte de procès qui s'établirait entre le père et le fils, « procès que le père ne pouvait perdre sans compromettre son autorité ». Bien pauvre argument en vérité, si l'on considère que rien n'était plus simple pour le père que de solliciter l'autorisation d'incarcérer son fils, sans en parler à ce dernier, et

sans risquer par conséquent de voir l'autorité paternelle compromise à ses yeux par le rejet de la demande formée. En dehors de cette considération du reste, l'argument tiré du respect de l'autorité paternelle ne saurait légitimer la tolérance des abus que peut engendrer l'absence de précautions.

Ces abus se sont produits fréquemment. M. Bonjean, magistrat du tribunal de la Seine, dans son ouvrage *Enfants révoltés et Parents coupables*, a raconté les turpitudes sans nom auxquelles ce droit de correction avait servi entre les mains de parents dénaturés. Il a montré comment, dans certains milieux, la menace de la prison avait été un moyen de chantage pour amener les enfants à la mendicité, au vol, à la débauche, ou tout simplement une façon commode, dans des familles ouvrières, de se débarrasser sur la société du soin de nourrir des bouches inutiles et coûteuses. Il suffit que de pareils faits soient possibles pour que la nécessité d'un contrôle sévère soit reconnue dans l'exercice de ce droit.

Là encore la jurisprudence a devancé la réforme législative. S'appuyant sur le texte de l'article 375, qui veut que le père n'use de l'incarcération que s'il a « des sujets de mécontentement très graves », les magistrats du tribunal de la Seine et de la plupart des tribunaux de grandes villes prescrivent aujourd'hui, avant de déférer à la demande du père, une enquête sur la gravité des sujets de mécontentement invoqués. La lacune de la loi se trouve ainsi en partie réparée ; pour qu'elle le fût complétement, il faudrait qu'à côté de l'enquête de police en usage à l'heure actuelle, deux autres garanties fussent inscrites dans nos

textes : le consentement de la mère, ou, lorsqu'un des parents est veuf, celui d'un conseil de famille,— et la comparution personnelle de l'enfant. Quelque imparfait que fût ce dernier moyen d'information, il fournirait sans doute souvent au magistrat chargé de l'enquête, des éclaircissements utiles et quelquefois décisifs. Quant à l'autorisation de la mère, elle présenterait la garantie la plus sûre et la plus normale : la mère, en effet, est mieux placée que qui que ce soit pour contrôler la conduite de l'enfant et les griefs du père, pour apprécier si l'incarcération projetée est dictée par des calculs honteux ou par une sévérité exagérée, ou au contraire si la conduite de l'enfant a rendu nécessaire cette mesure de rigueur. Pour une mesure aussi exceptionnelle, ce n'est pas trop que d'exiger l'accord des deux époux.

Il y a d'autant moins à redouter de rendre difficile l'exercice de ce droit qu'il sera dans la plupart des cas d'une complète inefficacité. En nous plaçant en effet dans l'hypothèse où les parents ont réellement des motifs très graves de mécontentement, ces motifs consisteront la plupart du temps non pas dans un acte isolé de l'enfant, mais dans une série de fautes, résultat de vices de caractère, que leur persistance rendra bientôt insupportables. Or ce qu'il faut pour redresser ces caractères vicieux, ce sont des mesures d'éducation et non de correction ! l'enfant, lorsqu'il sortira de la prison, s'il a pu échapper à l'influence démoralisante que nous signalions tout-à-l'heure, n'aura pas du moins été soumis à une action directement moralisatrice ; il sera intimidé, maté peut-être ; il ne sera pas corrigé au sens moral de ce terme.

La suppression de ce droit de correction s'impose donc à tous égards : la solution paraît être dans la multiplication des internats populaires, où les parents auront la faculté de placer entre les mains d'éducateurs de leur choix les sujets particulièrement difficiles sur lesquels leur action aura échoué Cette mesure est actuellement d'un usage courant dans la classe bourgeoise, qui, grâce à la ressource des internats de lycées et de collèges, — les statistiques le démontrent, — n'usent presque pas du droit de correction du Code ; il ne s'agit que de démocratiser et de rendre accessible à tous ce moyen de redressement et de correction éducative.

VII. — *Droit d'éducation.*

Nous touchons ainsi au droit d'éducation qui, chose curieuse dans un Code aussi pénétré du respect de la puissance paternelle, est cependant présenté non sous la forme du droit, mais sous celle du devoir qui incombe aux parents « de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Pourquoi cette différence avec les droits de garde et de correction, au sujet desquels la notion du devoir n'est même pas effleurée ?

Il faut en chercher la raison dans cet antagonisme entre l'Etat et la famille sur le terrain de l'éducation, qui se manifestait déjà en 1804 avec une certaine acuité, et qui allait, deux ans plus tard, être résolu par l'organisation centralisée de l'Université et l'établissement à son profit du monopole. L'autoritarisme impérial voulait bien rappeler le devoir

d'éducation du père ; il redoutait, dans la proclamation de son droit, une porte ouverte à la liberté d'enseignement.

Toute la matière, du reste, est traitée dans les trois lignes de l'article 203. Grâce à cette brièveté, le droit du père put être passé sous silence, et le devoir qui lui incombait, rappelé d'un mot, ne fut ni défini ni sanctionné.

Les travaux préparatoires cependant indiquent de meilleures intentions. On voit Bonaparte y demander « si un fils parvenu à l'âge de discernement, qui ne reçoit pas une éducation conforme à la fortune de son père, peut se pourvoir et demander à être mieux éduqué (1) ». Ainsi, non seulement l'obligation pour le père de donner à son enfant une instruction élémentaire semble ne pas faire de doute dans l'esprit du Premier Consul, mais il pose même la question de savoir s'il ne conviendrait pas de reconnaître parfois à la charge du père une obligation plus étendue !

La question ainsi posée fut d'ailleurs renvoyée, puis enterrée. On n'en trouve plus trace dans la rédaction définitive. La conception individualiste domine : l'Etat et son enseignement officiel n'ont devant eux que des parents désarmés et des enfants mal protégés contre l'ignorance.

A cette double lacune qui méconnaissait, en la laissant à l'état anarchique, la tâche essentielle de la famille, la législation ne vint remédier qu'assez tard. Jusqu'à la loi du 28 mars 1882, qui pose enfin le principe de l'instruction obligatoire, le père pouvait violer impunément le devoir inscrit dans l'article 203. Depuis cette loi, toute une série de sanc-

1. Fenet. x. p. 481.

tions : réprimande de la commission scolaire, affichage du nom, amendes, emprisonnement même, viennent lui rappeler, — ou plus exactement viendraient lui rappeler, si elles n'étaient restées inappliquées,— qu'il n'a pas le droit de priver son enfant de ces connaissances élémentaires qui sont normalement nécessaires, à notre époque, à sa vie matérielle et morale.

Faut-il aller plus loin et, reprenant la question du Premier Consul, demander que l'étendue de ce devoir d'éducation soit envisagée non pas comme uniformément réduite au minimum de l'instruction primaire voulu par la loi, mais comme variant suivant la fortune et la position du père ? Nous le croyons : il ne nous semble pas que l'on puisse dire que le père de famille, riche, instruit, exerçant une profession libérale, a rempli son devoir d'éducation en conduisant son fils jusqu'au certificat d'études primaires. Pour s'adapter aux mille variétés de ces questions d'espèces, un texte législatif serait sans doute trop rigide et manquerait de la souplesse voulue ; mais la jurisprudence peut, en ces matières, exercer un contrôle efficace, et intervenir, à la demande de la mère, par exemple, pour réprimer les abus manifestes et par trop criants dont le père a pu se rendre coupable dans l'exercice de son droit. Elle est du reste déjà entrée dans cette voie, approuvée par la plus grande partie de la doctrine, et l'on ne peut que souhaiter de la voir s'y maintenir.

L'Etat est ainsi intervenu soit par les prescriptions législatives, soit par le contrôle judiciaire, pour assurer l'accomplissement du devoir d'éducation, comme il était inter-

venu pour limiter le droit de garde et atténuer le droit de correction. Mais une fois l'instruction de l'enfant assurée, son pouvoir cesse-t-il, ou peut-il encore choisir les éducateurs ? Après avoir veillé à ce qu'un degré convenable d'instruction lui fût donné, peut-il s'ériger en juge de la qualité et des principes directeurs de cette instruction ? C'est la grande question de la liberté d'enseignement que nous venons de formuler.

Jusqu'en 1850, c'est au profit de l'Etat que la question est résolue : le Premier Empire établit le monopole universitaire et le décret du 17 mars 1808 décide que l'Etat a le droit de fermer une école, si l'on y professe des principes contraires à ceux de l'Université. La Restauration le conserve et le fortifie. Au début de la monarchie de Juillet, Lacordaire, Lamennais et de Montalembert revendiquent avec ardeur la liberté absente, dont la Charte de 1830 faisait espérer l'octroi. Mais à cette époque la question n'est guère envisagée au point de vue familial ; le côté politique et religieux absorbe tout ; on invoque les droits de la liberté ou ceux de l'Eglise, on ne place pas en première ligne ceux du père de famille. La loi du 22 juin 1833 sur l'enseignement primaire introduit, sous la forme de l'autonomie communale, un peu de liberté dans l'édifice centralisé de l'Université. L'idée libérale cependant fait son chemin : en 1835, le projet Guizot, établissant la liberté de l'enseignement secondaire, est voté par la Chambre des Députés, vote platonique du reste, puisque la Chambre des Pairs ne fut jamais saisie de ce projet. C'est en 1850 que la liberté de l'enseignement est enfin conquise. Et en 1875, la liberté de l'enseigne-

ment supérieur vient couronner l'édifice encore debout à l'heure actuelle. Est-ce pour longtemps, et peut-on considérer la question comme définitivement résolue dans le sens de la liberté du choix des parents ? C'est plus que douteux, car nous la voyons se poser à nouveau en ce début de siècle.

Déjà, l'article 14 de la loi du 1er juillet 1901, et la loi du 7 juillet 1904, supprimant l'enseignement congréganiste, avaient porté à la liberté d'enseignement une atteinte qui, pour être indirecte, n'en était pas moins sérieuse. Aujourd'hui son principe même est remis en discussion, et un courant se crée en faveur du retour au monopole universitaire. Le projet de loi sur le stage scolaire déposé en 1899 par MM. Waldeck-Rousseau et Leygues tendait à l'établir par une voie détournée. Les discussions entraînées par le projet d'abrogation de la loi Falloux, les votes émis en cette occasion par le Sénat le 10 décembre 1901, par la Chambre des Députés le 14 février 1902, marquent avec netteté une évolution des esprits défavorable à la liberté d'enseignement. Et bien que les derniers projets, celui de M. Chaumié d'abord, et celui de M. Briand ensuite, ne prétendent qu'au contrôle de la liberté d'enseignement, sans vouloir toucher à cette liberté elle-même, l'ambiance politique, et l'âpreté des débats soulevés dans le pays et dans les Chambres font craindre que le droit d'éducation de la famille ne soit méconnu dans un avenir prochain et primé par le droit de l'Etat.

Sur ce point, en effet, ce ne sont pas seulement les notions abstraites de la famille et de l'Etat qui se heurtent :

les rivalités politiques passionnent le conflit et donnent le ton aux discussions. Ce n'est pas une méthode pédagogique qui est l'enjeu de cette lutte, mais bien l'orientation religieuse et morale des jeunes générations.

Mais en étudiant la question avec la sérénité que comporte et que réclame une discussion juridique, remontons aux principes et voyons quel est, du droit du père et du droit de l'Etat, celui qui doit primer l'autre.

La principale fonction de la famille est, nous l'avons dit, après avoir donné aux générations nouvelles la vie physique, d'éveiller chez elles la vie morale, de leur procurer une formation civique et sociale. Dès lors, bien évidemment, c'est au point de vue de l'intérêt de l'enfant qu'il faudra nous placer, et, comme on l'a dit avec raison, c'est le droit de l'enfant à recevoir une bonne éducation qui devra dominer ces débats et en inspirer la solution. Remarquons du reste que, si ce point de vue doit inspirer la solution, il ne la fournit pas immédiatement. Comme le disait, en effet, excellemment M. de Lamarzelle, au Sénat, dans la séance du 28 juin 1904 : « Il y a certainement trois droits en présence : le droit de l'Etat, le droit de la famille et le droit de l'enfant. Mais ce dernier se différencie des deux autres. Le droit de l'enfant est le droit d'être protégé. Ce droit d'être protégé, ce n'est pas lui, enfant, qui peut l'exercer : c'est l'Etat ou la famille. Il va de soi aussi que l'enfant ne peut choisir son éducation. Elle lui sera toujours imposée soit par l'Etat, soit par la famille. Pour cette raison encore, le droit de l'enfant, bien qu'existant, est hors du débat. Dans le débat, il n'y a que le droit de l'Etat et le droit de

la famille ». Le terrain étant ainsi tout d'abord déblayé, la question qui nous occupe peut, semble-t-il, se formuler ainsi : Qui de l'Etat ou de la famille est le mieux qualifié pour choisir l'éducation qui convient à l'enfant?

Et d'abord, puisque nous sommes ici en droit naturel, quelle est la solution naturelle?

Il n'y a guère sur ce point de controverses ; la solution naturelle est celle des parents éducateurs. Quelle que soit, en effet, la rigueur d'un monopole d'Etat, il est certain que les premières notions reçues par l'enfant lui seront inculquées par sa famille, les premières questions que posera sa jeune curiosité en éveil recevront une réponse de la bouche de ses parents. Son éducation, à vrai dire, ne commence pas à ce qu'on est convenu d'appeler l'âge de raison, il faut, pour en trouver les débuts, remonter beaucoup plus haut, jusqu'au berceau même. Plus tard, dans les intervalles d'une éducation donnée hors de la famille, les parents exerceront encore sur la formation de l'enfant une influence capitale. C'est en ce sens qu'il est exact de dire que les parents sont les éducateurs naturels, les éducateurs-nés de leurs enfants. La situation normale serait donc l'éducation tout entière faite au sein de la famille et l'instruction donnée par les parents eux-mêmes. L'évidence de ces vérités s'impose avec tant de force que les partisans les plus autoritaires du monopole d'Etat n'ont pas osé contester sérieusement au père de famille ce droit de garder ses enfants auprès de lui, pour leur donner lui-même l'éducation qui lui plaît.

Nous nous trouvons ainsi avoir fait un sérieux pas en

avant : car la solution naturelle étant celle de l'éducation dans la famille, si les conditions de la civilisation, les occupations professionnelles ou ménagères ne permettent pas au père et à la mère de remplir cette tâche, ceux qui la rempliront à leur place ne seront que leurs suppléants, leurs remplaçants, leurs mandataires, et par conséquent devront être choisis ou agréés par eux.

Dira-t-on, pour échapper à cette conclusion, que l'Etat se bornera à instruire l'enfant des vérités incontestables, des connaissances acquises sur lesquelles aucune discussion n'est possible? L'objection a été faite par M. Buisson : « L'Etat, écrit-il dans la Revue Politique et Parlementaire (1), n'affirme que des vérités affirmées par tout le monde : il ne commande que ce qui est commandé à tout être humain par l'unanime consentement des personnes. Il ne prêche pas, il enseigne, il n'impose pas, il expose ».

Cet argument ne résiste pas à l'examen des faits. Les partisans du monopole de l'Etat réclament ce monopole pour réaliser l'unité morale de la nation ; à l'heure actuelle surtout ils le proclament nécessaire pour faire cesser l'antagonisme de deux jeunesses ennemies ; c'est donc, bien qu'ils attribuent à cette instruction une valeur éducative, qu'ils sentent, même dans les cas qui deviennent rares d'une neutralité scrupuleusement observée, la valeur pratique de ce silence, de cette attitude négative que l'on garde au sujet des préoccupations religieuses auxquelles elle s'oppose.

Il est du reste des matières où l'instituteur, quelle que

1. 1903. t. 36. p. 446.

soit son impartialité, son souci de ne blesser nulle croyance, devra dire son sentiment, et donner à son action éducative une orientation déterminée. Dans l'enseignement civique et moral, dans l'étude même de l'histoire, on ne peut lui demander sérieusement de rester neutre : le choix qu'il fera entre deux conceptions opposées révèlera forcément sinon le parti, du moins l'école philosophique ou sociale dont il suit les inspirations.

Et plus l'on ira, plus, la neutralité devenant impossible dans l'acuité des conflits sociaux et religieux, l'enseignement d'Etat prendra un caractère nettement tranché ; moins il apparaîtra à l'unanimité des familles comme distribuant la nourriture morale sur la bienfaisance de laquelle toute la nation est d'accord.

Il sera de toute nécessité, alors, que, pour respecter le droit d'éducation du père, un enseignement libre lui permette de faire un choix indépendant ; qu'à côté de l'école officielle, s'élève l'école libre, plus familiale en un sens, donnant plus de garantie aux familles, puisqu'elle trouvera dans leur confiance sa seule raison d'être et son seul espoir de succès. Proscrire l'enseignement privé serait donc dépouiller pratiquement le père de son droit d'éducation.

Et il ne semble pas que l'on puisse contester au père, comme nous l'avons déja dit, une aptitude spéciale et une supériorité marquée dans le bon choix de l'éducation à donner à ses enfants. Mettons en effet en présence les préoccupations dont s'inspireront l'Etat d'une part, la famille de l'autre, dans la direction à donner à cette éducation. Les parents le feront habituellement avec le désir

d'inculquer à leur fils les doctrines ou les croyances dont ils ont expérimenté sur eux-mêmes les effets bienfaisants et l'énergie pratique ; c'est leur amour guidé par leur expérience qui inspirera leur choix, qui dictera leurs décisions individuelles ; un certain nombre d'entre eux pourront se tromper ; il est certain cependant que la presque unanimité ne sera conduite en ces matières que par le souci désintéressé d'assurer à l'enfant une vie bonne, utile, heureuse.

Il n'en sera pas de même de l'Etat ; car l'Etat est représenté par un gouvernement détenu lui-même tour à tour par les divers partis politiques. Or, il est bien évident, et les leçons de l'histoire sont là pour le prouver, que les partis au pouvoir useront tour à tour de l'enseignement comme d'une arme, pour façonner à leur image les jeunes électeurs de demain, et que, mécontentant dans leur succession plus ou moins rapide les familles que l'enseignement d'Etat choquera, ils essaieront d'imprimer chacun à l'éducation officielle le cachet de leurs conceptions politiques.

Constater cette différence, c'est résoudre la question, c'est dire que le père éducateur naturel, éducateur aimant et désintéressé, doit avoir le droit de confier à ceux qu'il juge dignes le soin de compléter et de continuer l'éducation reçue dans la famille.

Les tendances législatives actuelles méconnaissent visiblement ces principes ; la conception individualiste du droit exclusif de l'Etat sur l'éducation des enfants, gagne sensiblement du terrain, et l'on peut redouter dans un avenir plus ou moins rapproché, un rétablissement du monopole

de l'Etat marquant l'abandon de cette conception sociale de la famille éducatrice qu'un demi-siècle d'expérience avait montrée si féconde.

VIII. — *Droits sur les Biens des enfants*

A côté de ces droits sur la personne des enfants, qui constituent les attributions primordiales, essentielles de l'autorité paternelle, le Code a reconnu aux parents des droits et des devoirs relatifs aux biens, droits et devoirs d'une importance moins grande dans la pratique, parce que la situation habituelle sera celle de l'enfant sans fortune personnelle, et qu'alors les questions patrimoniales ne se poseront pas à son égard. Cependant, l'enfant pouvant par suite de circonstances particulières avoir des biens propres, il convenait de prévoir et de régler cette situation : c'est ce qu'a fait le Code, en instituant l'administration et la jouissance légales.

Le père administre les biens de l'enfant ; il touche leurs revenus et en jouit. Voilà le devoir et voilà le droit. Encore qu'ils soient corrélatifs et qu'ils se fassent contre-poids dans la pensée du législateur, on remarquera qu'ils ne sont pas cependant nécessairement liés l'un à l'autre. C'est là une différence notable avec les droits sur la personne : les droits de garde, d'éducation, de correction, se présentent à la fois sous la face du droit et sous celle du devoir, bien que les articles du Code n'envisagent chacun que sous un seul de ces aspects. Ils n'en est pas de même ici : la jouissance légale ne constitue qu'un droit au profit du père,

et si le devoir d'administration peut, à la rigueur, être envisagé comme un droit, il est certain qu'il constitue surtout une charge et qu'il entraîne une responsabilité considérable ; c'est pourquoi la jouissance légale lui a été jointe afin que les bénéfices de ce droit pussent compenser, dans une certaine mesure, les soucis qu'entraîne l'accomplissement du devoir. Mais on peut très bien supposer le père administrateur sans le bénéfice de la jouissance légale, et c'est un système qui a été adopté par plusieurs législations étrangères.

L'administration légale est énoncée dans un seul article, l'article 389, et la brièveté et la généralité des termes par lesquels il pose le principe de cette obligation, sans en déterminer les règles, contraste d'une manière frappante avec le luxe de précautions et de détails qui assure, quelques articles plus loin, la bonne administration par le tuteur des biens du pupille. Etait-il donc nécessaire d'établir une différence si profonde entre les droits du père administrateur et ceux du tuteur? Il ne nous le semble pas : du moment, en effet, que l'administration légale avait pour but, comme la tutelle, de sauvegarder l'intérêt de l'enfant, les seules modifications à y apporter étaient celles exigées par le souci de ne pas compromettre l'autorité du père et la discipline familiale.

La tutelle comporte à la fois des limitations visant le caractère des actes à accomplir sur les biens du pupille, et des garanties diverses : contrôle du subrogé-tuteur et du conseil de famille, hypothèque légale. Que l'on repoussât dans l'administration légale l'organisation de ces rouages suscep-

tibles d'affaiblir l'autorité du père, en introduisant dans le gouvernement de la famille le contrôle souvent irritant des proches, c'était parfaitement admissible ; c'était du reste d'autant plus indiqué qu'au cours du mariage la présence de la mère offrait une garantie sérieuse pour l'enfant, et le Code l'a si bien compris que l'article 390 porte qu'après le décès de l'un des parents, l'administration légale cesse pour faire place à l'organisation de la tutelle. Mais pourquoi cette absence totale de limites aux pouvoirs du père ? Lui interdire certains actes particulièrement graves, exiger pour quelques autres l'autorisation de justice, n'était pas attenter à son autorité, et ne pouvait que constituer une utile précaution : un père très aimant et plein de sollicitude pour les intérêts de ses enfants peut être malgré tout un administrateur détestable ; à ses imprudences irréfléchies il eût été bon de mettre une barrière.

Le Code ne l'a pas fait ; il a failli contenir pourtant une disposition bien autrement radicale. L'article 389 se terminait, en effet, primitivement par un alinéa qui portait : « Tout ce qui intéresse la propriété des biens de l'enfant sera réglé par les dispositions de la section VIII ». Cette section est celle qui a trait à l'administration du tuteur. C'était donc l'assimilation pure et simple de l'administration légale aux règles de la tutelle. Les rédacteurs du Code ont dû sentir le danger d'une semblable assimilation ; mais, par une crainte exagérée de toucher à la liberté du père administrateur, ils sont tombés dans l'excès contraire et ont consacré un absolutisme d'autant moins défendable en la matière qu'il entraîne, pour celui qui en est investi, une

responsabilité assez lourde, sans constituer une prérogative bien enviable.

Se considérant comme liée par le silence du Code, la jurisprudence s'est montrée, elle aussi, très libérale dans les pouvoirs accordés au père. La Cour de Cassation a rappelé (1) que « les règles de la tutelle ne sont pas applicables au père administrateur », et en dépit de quelques résistances les Cours et tribunaux ont suivi cette doctrine qui aboutit dans bien des cas à sacrifier les intérêts de l'enfant. A peine trouve-t-on quelques arrêts qui refusent au père le droit de faire les actes qui, comme le compromis et la donation, sont absolument interdits au tuteur.

Le projet Cazot, déposé à la Chambre des Députés le 26 novembre 1881, (2) qui soumettait le père au contrôle des tribunaux pour les actes de disposition faits au nom de leurs enfants, est resté à l'état de projet..... et l'administration légale conserve à peu de chose près, à l'heure actuelle, le caractère absolutiste que lui a donné le Code de 1804.

Si le principe même de l'administration légale n'a pas soulevé de protestations, celui de la jouissance légale a été l'objet de nombreuses critiques. On l'a dénoncé comme étant incompatible avec le caractère tutélaire de l'autorité paternelle ; et de fait, cette institution, issue de l'usufruit romain sur les pécules adventice et profectice et de la garde noble d'origine féodale, rompait avec le droit commun des

1. Cass. Req. 3 juin 1867. D. 68. I. 27.

2. Journ. Off. annexe 135. Chambre. Documents parlementaires. Déc. 1881. p. 1834.

pays de coutume, où la garde bourgeoise, de règle chez les roturiers, ne comportait, sauf dans la coutume de Paris, aucun émolument au profit du père. C'est, prétendent ses adversaires, parmi les attributs de la puissance paternelle, le seul qui ne profite pas à l'enfant et qui soit tout entier à l'avantage du père ; elle peut susciter, en outre, entre parents et enfants des oppositions d'intérêts fâcheuses ; institution vieillie et démodée, elle jure avec la conception moderne de la puissance paternelle.

C'est peut-être là un jugement bien sommaire et superficiel. Si en effet, au premier abord, la jouissance légale semble en opposition avec l'intérêt de l'enfant, il ne paraît pas douteux cependant que sa suppression nuirait fort à la discipline familiale. Ici encore il faut se garder d'un individualisme exagéré : la jouissance légale empêche le scandale d'un enfant menant, grâce à des biens personnels considérables, une existence princière au sein d'une famille peu aisée ; grâce à elle la vie familiale est une, et tous mangent le même pain. Les complications de comptes à rendre, complications toujours un peu blessantes pour l'autorité paternelle, soit à cause du contrôle des tiers qu'elles nécessitent, soit à cause des débats entre parents et enfants qu'elles peuvent susciter, sont évitées : le père trouve dans la jouissance légale non seulement un dédommagement à la charge très lourde de l'entretien des enfants, — ce qui est, après tout, assez juste, — mais encore un stimulant à administrer ces biens dont il jouit, avec la vigilance et le soin nécessaires.

C'est donc plutôt une convergence qu'une divergence

des intérêts qu'elle réalise et, quelles que soient les apparences, c'est bien en dernière analyse au profit de l'enfant que tourne le jeu de cette institution. La jouissance légale ne dépare donc pas une organisation tutélaire de la puissance paternelle.

Il ne semble pas, en présence de ces constatations qu'il faille souhaiter, comme l'ont demandé quelques auteurs, une intervention de la haute tutelle d'Etat pour fixer la quote-part des revenus de l'enfant dont le père peut jouir. Si un progrès est à réaliser en ces matières, il doit se réaliser en dehors de ces procédés inquisitoriaux, et toute une série de lois votées au cours de la seconde moitié du XIX^e^ siècle indiquent qu'il peut être poursuivi dans une autre voie.

Le trait commun de ces dispositions législatives est de donner à l'enfant parvenu à un certain âge le droit de disposer librement de ses biens dans un but d'économie et de prévoyance ; — chacun des droits reconnus à l'enfant limite ainsi en étendue le droit du père, mais ils ne présentent pas l'inconvénient du contrôle gênant et importun des tiers. Désormais à tout âge l'enfant peut faire partie des sociétés de secours mutuels sans l'intervention de son représentant légal (1) ; à 12 ans, il peut s'assurer à la Caisse nationale d'assurance contre les accidents (2) ; à 16 ans, il peut faire des versements à la Caisse d'assurance en cas de décès (3), à la Caisse nationale des retraites pour la vieil-

1. Loi du 1^er^ avril 1898. Art. 3 § 2.
2. Loi du 11 juillet 1868. Art. 14.
3. Loi du 11 juillet 1868. Art. 5.

lesse (1), à la Caisse d'épargne (2). Chacune de ces dispositions marque une étape d'un mouvement continu qui tend progressivement à un affranchissement économique de l'enfant.

IX. — *Déchéance de l'autorité paternelle.*

Nous voyons ainsi, dans toutes les branches où peut s'exercer l'autorité paternelle, la jurisprudence et les lois accentuer, par les modifications qu'elles apportent à l'œuvre du Code, le caractère tutélaire de cette autorité. Il était logique, après avoir précisé les limites dans lesquelles le père pouvait user de ses pouvoirs, que le législateur organisât la déchéance de la puissance paternelle, si les circonstances établissaient l'indignité du père et faisaient craindre sérieusement des abus dont les enfants seraient victimes.

Là encore le Code gardait le silence : dans un seul article, l'article 302, il avait fait allusion à la déchéance du droit de garde frappant le conjoint contre lequel le divorce était prononcé. Dans les articles 141 et 238 il avait autorisé le transfert de certains droits à la mère, mais à titre de mesure provisoire, lorsque le père était absent ou que les débuts de l'instance en divorce faisaient concevoir quelques soupçons sur son compte. A ces textes fragmentaires, isolés, ne donnant que des solutions partielles et incomplètes, se bornait la réglementation de la déchéance de l'autorité paternelle. Le principe de la protection de l'enfant était bien reconnu, mais

1. Loi du 20 juillet 1886. Art. 13 § 2.
2. Loi du 9 avril 1881. Art. 6.

le législateur, par suite de cette crainte exagérée de toucher à l'autorité du père de famille, que nous avons eu plusieurs fois l'occasion de signaler, s'était abstenu d'en tirer les conséquences.

La jurisprudence n'y avait remédié que dans une faible mesure : s'étant fixée assez vite dans le sens de la possibilité d'une intervention de la justice, elle avait été, après quelques hésitations jusqu'à prononcer contre le père la privation du droit de garde, mais elle n'avait pas dépassé cette limite (1). L'article 335 du Code Pénal, qui prévoyait le cas d'excitation à la débauche, l'article 3 de la loi du 7 décembre 1874 interdisant de livrer les enfants à la mendicité, n'avaient envisagé dans les cas spéciaux auxquels ils se référaient que des déchéances partielles ou facultatives.

Il fallut attendre jusqu'aux lois du 24 juillet 1889 et du 19 avril 1898, pour avoir un système d'ensemble de déchéance de la puissance paternelle. Grâce à ces lois désormais les parents qui, en se rendant coupables de délits par ou sur leurs enfants, ont prouvé qu'ils ne sauraient faire à leur égard qu'un usage abusif ou immoral de la puissance paternelle, et ceux dont l'indignité, établie par des condamnations encourues, entache l'action éducatrice de soupçons analogues, peuvent être privés, et sont obligatoirement privés en certains cas de leur autorité paternelle.

Plusieurs adversaires de ces lois les ont dénoncées comme attentatoires à cette autorité ; il serait plus exact de dire,

1. Cass. 31 décembre 1811. J. G. v° Puissance paternelle 26. Cass. Requ. D. 1879. 1. 223.

comme nous l'avons déjà fait remarquer, qu'en la restreignant dans les limites où elle est bienfaisante, elles en consacrent la dignité et la grandeur. L'établissement d'un système de déchéance était du reste la conséquence logique du caractère tutélaire de l'autorité paternelle : « L'autorité paternelle, n'étant autre chose que l'ensemble des droits nécessaires aux parents pour s'acquitter du devoir d'éducation qui leur est imposé par la nature et par la loi, n'a plus de raison d'être lorsque les parents ne remplissent pas ce devoir essentiel (1) ».

Est-ce à dire que le système consacré par ces lois soit définitif et entièrement satisfaisant? Loin de là : on peut lui reprocher d'être trop rigide, trop entier, de manquer de cette souplesse qui aurait permis une adaptation convenablement dosée aux espèces sur lesquelles la justice est appelée à se prononcer. La loi de 1889, en faisant disparaître la déchéance partielle, a pris comme règle l'indivisibilité de la puissance paternelle. « Le Conseil n'a pas admis, disait M. Courcelle Seneuil au Conseil d'Etat, qu'un enfant pût être utilement soumis à deux puissances rivales, celle du père et celle du tuteur ; ni que la première pût intervenir dans les actes de l'autre ; il n'a pas compris que l'on pût être père au demi, au tiers ou au quart ». En d'autres termes, tant que la puissance paternelle existe, elle doit être forte, telle était la considération qui avait inspiré l'adoption de ce principe.

Malheureusement, il semble que l'application de la loi

2. Circulaire du Garde des Sceaux Thévenet. 21 septembre 1889. J. O. 17 octobre 1889.

ait abouti, au contraire, à léser les droits du père, en multipliant outre mesure des déchéances totales dans bien des cas où la privation d'un seul de ses droits eût suffi à réaliser cette protection de l'enfant que le législateur avait en vue. On s'est trop attaché à voir dans la puissance paternelle un bloc qu'il fallait maintenir intangible ou supprimer. En présence des nombreux cas de déchéances énumérés par la loi de 1889, il semble qu'il aurait mieux valu laisser à la jurisprudence le soin d'en détacher seulement celles de ses prérogatives dont l'usage pouvait donner lieu à des abus ; c'était à la fois prendre un souci plus grand de l'intérêt de l'enfant dont il ne faut pas briser à la légère toutes les relations avec ses parents, et de l'autorité même de ceux-ci qu'on n'entamait que dans la mesure strictement nécessaire. La loi de 1898 a, du reste, en permettant au magistrat de retirer le droit de garde seul, porté au principe de l'indivisibilité, une première et sérieuse atteinte.

X. — *Evolution de l'Autorité paternelle*

Ce rapide aperçu des modifications apportées par la jurisprudence et les lois à l'œuvre du Code, nous fait saisir l'évolution considérable qui s'est produite dans la réglementation juridique de l'autorité paternelle. Le droit de garde limité, le droit de correction adouci, le devoir d'éducation défini et sanctionné, la jouissance légale restreinte par des lois favorables à l'indépendance économique de l'enfant, la déchéance enfin menaçant la puissance paternelle oublieuse de ses devoirs, telle est l'œuvre accomplie au cours d'un siècle.

Mais ne nous y trompons pas : quelle que soit son importance, elle n'a rien qui doive nous surprendre ; nous ne sommes pas en présence d'une transformation radicale, mais bien d'une évolution, nous dirions volontiers d'une évolution organique. C'est un germe, en effet, qui est déposé dans le Code, avec l'adoption du principe coutumier de protection se substituant au principe romain de propriété. Ce germe s'est développé et chacune des orientations que nous avons signalées dans la jurisprudence, chaque loi nouvelle n'a fait qu'ajouter un rameau à la frondaison aujourd'hui touffue de l'arbuste.

Une fois cette conception admise que le père n'a des droits que dans la mesure où ils sont directement ou indirectement utiles à l'éducation des enfants, il fallait que tôt ou tard les conséquences logiques qui en découlaient se fissent jour dans des textes ou dans des arrêts et que, triomphant de ces timidités, souvenirs de l'antique omnipotence du *pater-familias*, qui avaient paralysé les rédacteurs du Code, le législateur et le juge posassent des bornes, fixassent des limites, établissent des contrôles. « La loi en France a donc eu raison de détruire les derniers vestiges de cette autorité mal entendue qui faisait du père un magistrat de police plutôt qu'un véritable père. C'est une erreur d'en conclure, comme on le fait souvent, à la diminution de l'autorité paternelle ; il est vrai que les fonctions paternelles deviennent par là même plus difficiles, car n'ayant plus la force, il faut gouverner par la seule autorité du caractère, mais c'est là aussi qu'est la vérité car le père doit être respecté pour lui-même et non pas comme armé

de la force publique (1) ». La famille n'y a rien perdu ; en développant de plus en plus le caractère obligatoire des devoirs des parents, notre droit moderne a, au contraire, accru la dignité de l'autorité dont ils disposent, il l'a placée dans le cadre social de la famille sous son jour véritable avec ses caractères essentiels.

Mais pour l'avenir, n'est-il pas à craindre que cette réglementation soit exagérée ? qu'elle se fasse inquisitoriale et qu'elle vienne troubler non plus seulement les familles où les abus des parents nécessitent un contrôle, mais encore celles où, forte et respectée parce que respectable et consciente de ses devoirs, l'autorité du père s'exerçait jusqu'à présent avec une heureuse indépendance ? Nous ne pensons que le danger, qu'un danger immédiat au moins, soit de ce côté ; l'évolution dont nous avons essayé de marquer quelques étapes peut se poursuivre sans inconvénients pour la famille, comblant des lacunes encore trop nombreuses, corrigeant des règles encore imparfaites. Dans les domaines de la correction, de l'éducation professionnelle, de l'administration et de la jouissance légale, du système des déchéances, il reste à compléter, reprendre et perfectionner la législation actuelle ; le champ d'action des réformes utiles est encore vaste.

S'il y a un péril à redouter pour l'autorité paternelle, c'est peut-être du côté de l'enseignement et de la formation religieuse. Une lutte violente se livre aujourd'hui sur ces terrains ; par l'école et par les œuvres post-scolaires, les partis politiques, l'Eglise et la Libre-Pensée cherchent, au

1. Paul Janet. La famille, p. 110.

prix de sacrifices et d'efforts considérables, à s'assurer l'adhésion des générations qui montent à la vie. Nous avons vu que cette lutte menaçait le droit d'éducation du père : s'il disparaissait confisqué par l'Etat, il y aurait à craindre que l'esprit de parti, ne s'arrêtant pas au seuil de la vie familiale, voulût, sous le prétexte illusoire et vain de protéger les droits de l'enfant, violer les droits du père à éveiller chez son fils la forme de vie religieuse et morale qui lui semble la meilleure. Mais, en dépit des prétextes invoqués, ce ne serait plus là le développement du principe tutélaire poussé à l'exagération qui porterait ses fruits, ce serait la vieille conception individualiste de l'Etat, maître des individus et des associations, qui prendrait, pour un temps et pour des motifs politiques, la place de la conception sociale.

Et en portant ses regards plus loin encore, on peut prévoir que l'avènement du socialisme sous l'une des deux formes qui se disputent aujourd'hui les suffrages de la classe ouvrière, collectivisme étatiste ou syndicalisme anarchiste, porterait un coup fatal à l'autorité paternelle. Dans l'hypothèse collectiviste, « l'entretien des enfants » soustraits au « hasard de la naissance » serait proclamé « charge sociale » (1) et ainsi accaparé par l'Etat. Dans l'hypothèse anarchiste, les enfants, à peine sevrés, seraient affranchis de toute autorité et laissés dans une sorte d'indivision où le soin de leur éducation reviendrait non à leurs parents, à la charge desquels « aucun devoir ne découle de la pro-

1. Georges Deville. Aperçu sur le Socialisme Scientifique p. 43, publié en tête du Capital de Karl Mearx.

création », mais « à ceux qui aimeront le plus l'enfant » (1). Dans les deux cas il n'y a point de place pour l'autorité paternelle. Et si quelque chose doit nous rassurer sur son avenir, c'est que, à défaut des croyances religieuses, la force des affections naturelles opposerait un obstacle infranchissable à la réalisation d'aussi malfaisantes rêveries.

XI. — *Caractère de l'autorité maternelle dans le Code.*

Une question reste encore à élucider : cette autorité paternelle dont nous avons essayé de définir le caractère et de retracer l'évolution quels en sont les dépositaires et qui l'exerce dans la famille ? Nous avons plusieurs fois parlé de « l'autorité des parents » ; cette expression est-elle exacte ? Le père et la mère sont-ils associés dans l'exercice de cette autorité, comme le veut la conception chrétienne, comme l'avaient établi les coutumes, ou le Code, prenant l'expression traditionnelle dans son sens littéral, s'en est-il tenu à la notion romaine du père seul et unique détenteur de la puissance paternelle ?

Ici les textes paraissent clairs : l'article 372 dit en effet que l'enfant est sous « leur autorité ». Le principe admis est donc le principe coutumier : l'homme et la femme ont des droits égaux ; à eux deux la puissance paternelle appartient indivisément. Mais l'article suivant semble réduire singulièrement ces droits en ce qui concerne la mère, et les considérer comme purement théoriques tant que le père est en vie : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ».

1. Jean Grave. La Société future p. 343.

Ainsi on reconnaît bien en principe à la femme des droits égaux à ceux du mari, mais on paraît vouloir l'exclure entièrement de l'éducation des enfants pour réserver au père seul le droit de remplir cette tâche, tant qu'il est en état de le faire. L'éclectisme habituel du Code, par cette malheureuse juxtaposition des principes coutumier et romain, semble aboutir à donner à la femme je ne sais quel droit illusoire destiné à rester en sommeil, un droit qui n'est même pas une nue-propriété, puisqu'il n'y a pas ici division du droit, mais interdiction générale et entière d'exercer le droit.

Hâtons-nous de le dire, ce ne sont là que des apparences, et l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle de ces articles, a donné à la mère une place plus considérable que celle que lui attribuait le sens rigoureusement littéral des textes : « Le Code, dit Laurent, appelle le père et la mère à titre égal à l'autorité qu'il leur accorde ; quand il dit que le père seul exerce cette autorité durant le mariage, cela ne veut pas dire que la mère reste étrangère à l'éducation de l'enfant : la loi n'a pas entendu la dégager d'un devoir que la nature lui impose, mais son intervention n'est que morale (1). »

Cette solution et cette interprétation s'imposaient : une législation écartant totalement la mère de l'exercice de l'autorité paternelle eût été incompréhensible dans notre droit et se fût heurtée aux mœurs établies. Il avait fallu la conception religieuse du père pontife du culte familial, pour que Rome dépouillât complètement la femme de cette puissance

1. Principes de Droit civil t. IV, n° 261.

sur les enfants ; quel autre motif aurait pu justifier cette exclusion ? — Si l'on s'attache au fait matériel de la génération, ne voit-on pas que la mère y prend une part aussi grande que le père, et, qu'avant lui, durant la période de la gestation, elle a la possession physique de l'enfant, la charge de son entretien, et qu'à cet égard elle serait plutôt fondée à réclamer un privilège qu'à subir une infériorité de traitement ?

Mais si nous revenons à notre point de vue de l'intérêt des enfants, nous allons trouver des arguments plus sérieux encore en faveur du droit de la mère. C'est que, dans son tempérament, dans son caractère, dans ses qualités naturelles, tout la prédispose à ce rôle d'éducatrice que le Code semblait lui refuser. « Maternelle avant d'être mère », comme on l'a dit avec raison, elle est d'instinct portée aux soins patients, tendres et dévoués qu'exige l'enfant dans ses premières années. Elle a pour cette tâche une aptitude particulière, presque exclusive quand il s'agit de l'éducation des filles. C'est pour elle une vocation véritable qui, l'inclinant naturellement au rôle social qu'elle est appelée à jouer dans la famille, tend à absorber dans les fonctions de la mère les devoirs de l'épouse.

Ses occupations, du reste, amènent nécessairement la femme tout au moins dans les familles où les travaux extérieurs ne l'ont pas arrachée au foyer, à exercer d'une façon beaucoup plus effective que l'homme le droit de garde, et à donner mieux que lui les soins de la première éducation et les premières notions de l'enseignement ; le rôle de chef de ménage, que nous avons reconnu déjà être le rôle normal

de la femme, et pour lequel nous avons demandé la consécration légale, se prête généralement mieux à l'action éducatrice que le rôle de chef de famille réservé à l'homme.

Redoutera-t-on que les excès de cette tendresse maternelle se traduisent par une direction trop faible ? C'est alors qu'il conviendra que le père intervienne pour joindre à la douceur de l'autorité maternelle la fermeté de sa propre autorité. Car de même que dans l'association des époux les qualités différentes de l'homme et de la femme se complètent et s'harmonisent, ainsi dans l'éducation leurs deux tempéraments doivent se combiner, s'unir et se corriger pour faire œuvre pleinement bonne et utile. Comme le remarque justement M. Turgeon : « Les enfants sont les premiers à recueillir les fruits de cette fusion harmonieuse... L'enfant a-t-il de bons instincts, la direction paternelle risquerait d'être trop raide. L'enfant a-t-il de mauvais penchants, la loi de la mère serait trop douce. Mariez ces deux natures, ces deux tempéraments et aussitôt le gouvernement domestique se pondère et se complète (1) ».

Il était donc nécessaire, dans l'intérêt d'une bonne éducation que le père et la mère fussent associés dans l'exercice de l'autorité paternelle, et que la mère ne fût pas investie seulement d'un droit théorique qui serait d'autant plus incompréhensible, inexplicable, que, nous l'avons vu, le droit n'est ici qu'un moyen pour l'accomplissement d'un devoir.

Or ce devoir, d'après le Code lui-même, incombe aux deux époux également. « Ils contractent *ensemble* par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et éle-

1. Le Féminisme français, t. II, p. 347.

ver leurs enfants, dit l'article 203. A moins d'enlever à ce texte toute signification, il faut bien convenir qu'à ce devoir contracté ensemble par les époux doit correspondre un droit exercé ensemble par tous les deux, en un mot que la mère a le droit d'accomplir le devoir que la loi reconnaît à sa charge. C'est donc avec raison que, s'autorisant du principe coutumier posé par l'article 372, les auteurs ont refusé de s'enfermer dans une interprétation judaïque et étroite des termes de l'article 373, et admis le principe indiqué en ces termes par M. Taudière : « la mère est investie de pouvoirs égaux à ceux du père sur l'enfant et son autorité ne doit céder à la sienne que parce que dans toute société la puissance doit être une, à peine d'anarchie. » [1]

XII. — *Conséquences de l'autorité maternelle*

Quelle application le Code a-t-il faite de ce principe? Comment a-t-il, d'une part organisé la prééminence du mari, d'autre part garanti et sanctionné les droits de la mère? Ici encore nous allons avoir l'occasion de constater les mêmes lacunes et la même timidité que nous avons critiquée dans l'organisation de la puissance paternelle. Le principe de la coopération des parents une fois posé, on a omis d'en développer les conséquences, et les droits de la mère ont été à peu près passés sous silence.

Dans un certain nombre de cas, il est vrai, la loi a prévu la substitution de l'autorité maternelle à l'autorité paternelle; mais ce sont les cas où celle-ci ne peut matériellement

1. Traité de la puissance paternelle p. 26.

s'exercer : ainsi lorsque le père est en état d'absence c'est la mère qui exerce ses droits à son lieu et place ; lorsqu'il décède, lorsqu'il est interdit, c'est elle qui devient tutrice de droit de ses enfants. Mais dans ce cas l'autorité de la mère n'est jamais aussi forte que celle du père ; ainsi dans l'exercice du droit de correction elle ne peut agir que par voie de réquisition, non par voie d'initiative propre ; — différence bien difficilement justifiable, étant donnée la tendance habituelle des mères à l'indulgence. En outre la puissance du père décédé peut survivre dans la personne d'un conseil de tutelle nommé par lui dans son testament pour guider et contrôler la tutelle de la mère.

Dans toutes ces dispositions se manifeste une méfiance générale à l'égard de la femme ; l'idée romaine de la faiblesse du sexe, de son incapacité au commandement et à la direction reparaît. Le Code semble ne reconnaître à la mère qu'une aptitude limitée à l'exercice de l'autorité paternelle ; lui eût-il donné du reste dans ces situations exceptionnelles les mêmes pouvoirs que ceux dont jouit ordinairement le père, cette constatation ne présenterait qu'un intérêt médiocre. Ce qui est intéressant en effet c'est de savoir comment est comprise juridiquement la coopération des époux dans l'exercice normal de l'autorité sur les enfants, alors que l'un et l'autre ne sont séparés ni par la mort, ni par un éloignement matériel, ni par des discussions d'ordre moral, mais vivent, le groupe familial étant au complet, l'un près de l'autre, et tous deux auprès de leurs enfants.

Or, si nous voulons chercher les cas où cette coopération

se trouve réellement organisée, sanctionnée, nous devrons nous contenter d'une très brève énumération. Dans deux cas seulement le Code en a édicté la nécessité ; dans un seul il a rendu l'avis favorable de la mère indispensable : c'est celui très peu fréquent de l'adoption ; un adopté ne peut malgré son opposition entrer dans la famille ; ses enfants ne peuvent malgré elle être donnés en adoption. L'autre cas est celui de l'autorisation des enfants au mariage : la mère est nécessairement consultée ; mais son refus est sans valeur si son mari consent à l'autorisation. En dehors de ces deux hypothèses, rien n'est prévu, rien n'est réglé. La participation de la mère à l'exercice de l'autorité paternelle n'est pas garantie. Le Code de 1804, nous avons eu l'occasion de le constater, n'est pas féministe ; à la défiance de ses rédacteurs envers la femme épouse ou mère, s'est jointe ici cette conception qui avait déjà paralysé leur bon vouloir dans la réglementation de la puissance paternelle et qui consistait à croire que toute limite à l'omnipotence de cette autorité risquait de l'affaiblir. Le droit de la mère une fois reconnu, — avec quelle imperfection de termes, nous l'avons déja dit, — le législateur n'a pas poussé la hardiesse jusqu'à l'entourer des sanctions qui en assuraient le respect : il s'est laissé hypnotiser par de prétendues exigences de la discipline familiale, et a préféré, plutôt que de restreindre l'autorité du père, garder un silence qui pouvait compromettre le droit de la femme et par contre-coup nuire à l'intérêt des enfants.

Car en l'absence de toute limitation de son droit de prééminence, et à s'en tenir aux textes du Code, le père se

trouve investi à l'égard de la mère, comme à l'égard des enfants d'un pouvoir qui confine à l'absolutisme. Il peut l'empêcher pratiquement de participer à l'éducation de ses fils et de ses filles ; et s'il ne va pas jusqu'à ces extrémités, il peut à son gré contrecarrer en tout les avis de sa femme et prendre au sujet de leurs enfants communs les décisions les plus arbitraires, les plus bizarres, les plus injustifiées, sans que celle-ci puisse élever la voix et opposer à ces coupables fantaisies un veto efficace. La mère se trouve de ce chef dans un état d'infériorité aussi injuste que pénible.

A cette situation heureusement exceptionnelle, puisque dans la grande majorité des ménages les mœurs ont consacré une indivision paisible des droits et une coopération affectueuse dans l'accomplissement des devoirs, la jurisprudence n'a apporté qu'une amélioration assez faible. Il a été jugé cependant que l'attitude du mari qui n'assurerait pas à la mère le droit au respect et à l'obéissance de ses enfants, constituerait une injure grave pouvant motiver une demande en séparation de corps ou en divorce, — que le mari ne pourrait sans motifs priver la mère de toute part dans l'éducation. Certains tribunaux sont allés plus loin et l'on a vu des décisions autoriser la mère à s'opposer à un changement de religion que le père voulait imposer aux enfants (1), ou sanctionner par le divorce les engagements pris par le mari relativement à leur baptême et à leur éducation religieuse. Malheureusement les décisions de ce genre sont restées à l'état d'exception, et non seulement aujourd'hui la majorité de la jurisprudence réserve au

1. Douai, 16 avril 1825. D. 75. 3. 49.

père le droit absolu de trancher en dernier ressort les questions d'éducation et de pratiques religieuses, mais elle va même jusqu'à refuser toute valeur légale aux conventions survenues entre les époux pour régler ces questions, comme si les concessions faites par le mari à cet égard ne constituaient pas un usage de la puissance paternelle au lieu de l'abdication qu'on veut y voir.

Cette infériorité de l'épouse légitime apparaît plus choquante encore lorsqu'on la compare à la situation de la femme engagée dans une union illégitime, qui n'ayant point, elle, à subir la loi du père, se trouve sur le même pied que lui pour l'éducation des enfants. De même l'épouse divorcée, que le divorce ait été prononcé ou non contre elle, qu'elle soit la plus irréprochable ou la plus coupable des femmes, se trouve investie, de par les termes de l'article 303, d'un droit de surveillance très étendu, de telle sorte que son intervention en faisant se poser la question débattue, devant les tribunaux, accroît notablement son autorité et la place dans une situation bien préférable à celle de la femme demeurée dans les liens du mariage.

XIII. — *La Réforme de l'Autorité Maternelle*

Remarquons-le toutefois : dans ces deux cas que nous venons d'examiner, c'est sur le recours aux tribunaux, sur l'intervention de l'Etat, du pouvoir judiciaire, que se base l'égalité des époux. Et toutes les fois que nous voudrons arriver à établir l'égalité complète entre le père et la mère dans l'autorité sur les enfants, nous nous heurterons à cette nécessité de l'intervention d'un tiers dans la discipline fa-

miliale. Et comme, dans une société de deux, la majorité ne peut se former que par la prééminence accordée à l'un des deux, il semble que nous n'ayons le choix qu'entre deux systèmes, tous deux imparfaits, et qu'il faille opter entre deux risques à courir: l'absolutisme du père, ou l'immixtion d'une tierce partie dans l'exercice de l'autorité parentale. Or il convient, avant de se prononcer pour ce dernier parti, de se demander si cette anomalie, ce désordre introduit dans la famille peut être envisagé sans crainte. Si non, il semble difficile de critiquer le système du Code; car le remède proposé serait pire que le mal que nous venons de dénoncer.

L'arbitrage des tribunaux en cas de conflit entre les parents a été préconisé par M. Taudière, dans son Traité de la Puissance Paternelle; l'auteur ne s'est pas dissimulé du reste les inconvénients et les périls de ce système qui aboutit à une mainmise partielle de l'Etat sur la famille, et il ne lui a donné son adhésion qu'avec des réserves justifiées par l'union trop étroite qui existe souvent entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, et qui aggraverait les dangers du despotisme de l'Etat.

D'autre part, s'il est des questions comme celles qui intéressent l'entretien matériel ou la gestion des intérêts pécuniaires, où la décision d'un juge éclairé peut bénéficier à l'enfant, combien de questions par contre où la compétence des tribunaux est nulle et où le recours à leur arbitrage équivaudrait à baser sur un coup de dés la solution à intervenir. En quoi un tribunal sera-t-il qualifié pour décider quelle religion suivra l'enfant, quel mode d'éducation lui

sera donné, à quel établissement scolaire il sera confié? et dans les questions intéressant la santé, l'un des parents aidé du conseil d'un médecin ne sera-t-il pas d'ordinaire cent fois mieux à même que n'importe quel tribunal de prendre la décision la plus opportune?

Pour atténuer ces inconvénients, certains auteurs ont proposé de revenir au système des tribunaux de famille ou tribunaux domestiques, dont notre législation avait fait l'essai à l'époque révolutionnaire. La loi des 16-24 août 1790 instituait en effet, dans son titre X, un tribunal composé des quatre plus proches parents, amis ou voisins, choisis par les deux parties, chargé de dénouer les conflits survenant entre les père et mère, dont l'égalité des droits avait été proclamée. L'expérience ne tarda pas, d'ailleurs, à se terminer sur un complet échec. On peut, il est vrai, atténuer la portée de ce résultat en l'expliquant par l'état anarchique où se débattait alors la société française . Et toutefois il ne nous semble pas qu'à l'heure actuelle un pareil système puisse être bien accueilli des familles, et soit susceptible de donner d'heureux résultats.

Sans doute cette magistrature domestique aurait sur les tribunaux de l'Etat un triple avantage : elle donnerait plus de garanties d'indépendance ; elle serait unie par des liens de parenté ou d'affection aux enfants dont le sort serait remis entre ses mains ; elle agirait enfin avec plus de compétence, étant elle aussi dépositaire des traditions familiales communes aux diverses branches. Mais une telle institution, pour exercer avec succès cet arbitrage très délicat que nécessiteraient les conflits entre parents, devrait cor-

respondre à un état social où les liens de parenté étant très forts, les relations de famille fréquentes et amicales, cette intervention des proches pourrait se produire avec une pleine autorité et sans apporter de nouveaux germes de discordes. Or il ne semble pas douteux que notre civilisation tend à déterminer une évolution en sens inverse : les familles, moins enracinées au sol que jadis, sont beaucoup plus dispersées ; les nécessités économiques les séparent matériellement et moralement plus qu'autrefois ; dans la lutte pour la vie chaque jour plus âpre, les questions d'intérêt deviennent plus irritantes et font naître souvent dans la parenté des froissements et des divisions. Il serait à craindre dans ces conditions que, loin d'être un élément de conciliation et de paix, l'intervention de la magistrature domestique ne servît qu'à accroître le nombre des conflits qui troublent la paix des familles.

Et qu'on ne vienne pas invoquer à l'appui de ce système l'exemple du conseil de famille : lorsque le conseil de famille fonctionne, c'est qu'un des père et mère a disparu une aide et un contrôle sont alors nécessaires et plus aisément acceptés ; la famille, privée d'un de ses éléments directeurs, garde moins jalousement son autonomie intérieure ; enfin les décisions du conseil, même si elles contrarient le chef de famille, ne risquent pas de semer dans un couple des germes de rancune et de division.

Faut-il donc reconnaître que sur ce point tout est pour le mieux dans le meilleur des Codes et que le système de la prééminence absolue du père est le seul qui puisse cadrer, en pratique, avec les exigences de l'unité d'autorité et de discipline ? Nous ne le pensons pas.

Volontiers nous conviendrons que le père, de par cette aptitude même au commandement qui nous a fait reconnaître en lui le chef naturel de la famille, a le droit d'avoir le dernier mot dans les questions essentielles qui intéressent l'enfant : nom, pratiques religieuses, direction morale, choix de l'éducation. Mais si, sur ce point, l'égalité des parents nous paraît impossible à réaliser, ne pouvons-nous la chercher dans une division du travail, dans un partage de l'autorité ? Nous avons invoqué pour la mère le droit de s'occuper de l'éducation de ses enfants, en raison d'aptitudes particulières qui lui sont naturelles ; pourquoi, logiques jusqu'au bout, ne lui accorderions-nous pas la prééminence dans les matières où ces aptitudes lui donnent sur le père une supériorité réelle. Les soins des premières années, les décisions intéressant la santé des enfants, l'éducation tout entière des filles pourraient notamment rentrer dans les cas ou l'avis de la mère serait prépondérant. Par ce système, que le Code civil Suisse a récemment consacré, on supprimerait des conflits pénibles, on éviterait tout au moins de les étaler au grand jour ; la mère ne serait plus sacrifiée, ne souffrirait point d'une infériorité injuste, les enfants bénéficieraient, dans chaque décision les concernant, de l'avis le plus éclairé, de la compétence la mieux établie ; la famille enfin se suffirait à elle-même et conserverait son autonomie entière, sans avoir besoin de recourir à des tiers.

Il serait nécessaire en outre que, dans ces décisions d'ordre moral où le père doit avoir autorité, la mère fût toujours entendue; que les conventions tacites ou explicites survenues entre elle et son mari pour régler ces points

fussent toujours respectées et pussent valoir en justice, puisque c'est souvent en considération de ces accords que le mariage aura été conclu ; que, par application même de ce principe, un changement de religion ne pût être imposé aux enfants que du consentement des deux époux, chacun d'eux ayant probablement, au moment de leur union, compté que leurs enfants seraient élevés dans la religion qu'ils ont, en fait, suivie dans leurs premières années.

Enfin il resterait à préciser et à étendre le rôle de surveillance que la mère peut exercer dans le cours normal de l'éducation, quant aux mesures de correction infligées aux enfants, et à l'administration de leurs biens. La jurisprudence lui a déjà reconnu ce rôle dans certains cas ; la loi du 24 juillet 1889 le lui a formellement confié dans les cas particulièrement graves qui peuvent motiver la déchéance ; elle l'a fait, sans doute, avec une méfiance exagérée, mais elle a posé un principe appelé à se développer et à recevoir une extension de plus en plus grande.

La mère sera ainsi amenée à jouer, à peu de chose près, le rôle d'une subrogée-tutrice ; non pas qu'il y ait d'ores et déjà, comme l'ont cru certains auteurs, identité entre cette action de la mère et celle d'un subrogé-tuteur, mais il y a certainement une analogie, et une analogie qu'il convient de marquer plus vigoureusement. Cette surveillance devrait toutefois, pour ne pas porter d'atteinte trop grave à l'autorité du père, s'exercer avec une certaine discrétion, et le recours aux tribunaux ne devrait être autorisé que dans le cas où il y a, de la part du père, abus manifeste et non

exercice de son autorité légitime. Ainsi, limitée dans ses attributions et appelée seulement à se prononcer sur des faits matériels ou sur des décisions d'intérêt professionnel ou pécuniaire appréciables par tous, la magistrature nationale pourrait efficacement intervenir et jouer un rôle des plus utiles.

Sous la poussée des revendications féministes, ces idées font leur chemin dans la doctrine et l'opinion publique. En dépit du peu d'influence qu'elles exercent encore sur les décisions de jurisprudence, il est à prévoir qu'une évolution, qui se dessine déjà dans l'œuvre législative, tendra à augmenter les droits de la mère et à transformer en autorité parentale l'antique autorité paternelle. Celle-ci n'en sera point ruinée ; mais dépouillée de l'absolutisme primitif, elle subira, de par la coexistence de l'autorité maternelle, l'influence d'un élément pondérateur. La famille en bénéficiera doublement, et par l'union que réalisera dans le couple cette coopération organisée, et par le caractère plus entièrement bienfaisant que revêtira désormais l'autorité des parents.

CHAPITRE V

La Famille prolongée

I. — *Les limites de la Famille*

Nous sommes arrivés au terme de notre étude juridique de la famille restreinte aux limites que nous nous étions imposées : père, mère, enfants mineurs. Ces limites n'ont, du reste, rien d'artificiel, ni d'arbitraire : de plus en plus, en effet, l'évolution sociale tend à réduire la famille à ce noyau très simple et à la constituer sur un type individualiste, la dégageant des organisations familiales plus vastes, clan, tribu ou phratrie, dans lesquelles elle se trouvait primitivement absorbée.

Les transformations économiques et sociales survenues au cours du siècle dernier ont contribué largement à fortifier et accélérer cette évolution. La concentration des entreprises industrielles, les nécessités chaque jour plus pressantes de la lutte pour la vie, la facilité et la sécurité des voies de communication, l'accroissement du militarisme et du fonctionnarisme, l'exode vers les villes qui déracine du sol provincial les familles qui y étaient primitivement atta-

chées, l'augmentation des exigences et des besoins, l'avènement de la démocratie avec ses aspirations à plus de liberté et d'indépendance, — autant de causes qui tendent à détacher des parents les enfants devenus majeurs, à dissocier la famille après le décès des parents, à diviser l'héritage familial immobilier, facteur d'unité et de perpétuité, à séparer les unes des autres les branches collatérales issues d'une même souche.

Mais peut-on dire que ces limites de la famille, majorité des enfants, fondation par eux de foyers autonomes, décès des parents, soient si nettement accusées, que, une fois réalisés les évènements qui les constituent, la famille est dissoute, les liens et l'autorité qui en formaient l'armature étant radicalement abolis ? Evidemment non. « La famille, remarque M. Drillon, est une société perpétuelle ; ce serait nous ravaler au rang des animaux que de supposer une limite aux sentiments d'affection qui unissent parents et enfants et de trouver naturel, que, poussées les ailes, les oiseaux s'envolent du nid paternel, et ne reconnaissent plus ceux qui leur ont donné le jour ». (1) — Nous trouvons la même opinion chez M. Boistel : « Cette société englobe toutes les générations futures... La famille doit donc être considérée comme une société perpétuelle et l'intérêt des générations futures doit entrer en ligne de compte pour une part notable dans le gouvernement du père ». (2)

Ainsi, en dépit de l'évolution individualiste, les mœurs, on pourrait presque dire les nécessités morales et sociales,

1. Les droits et les devoirs du père de famille, p. 40.
2. Cours de philosophie du Droit, p. 117.

ont maintenu au-delà des limites de la famille des rapports et des liens entre ceux qui en faisaient partie et même entre les générations disparues et les générations présentes, entre les morts et les vivants.

Mais quelle est la répercussion des mœurs à cet égard sur la législation? Y a-t-il là matière seulement à des constatations morales, ou encore à des textes juridiques ? C'est ce qu'il nous faut maintenant rechercher.

Cette étude ne sort pas du cadre de nos travaux. On ne peut, en effet, étudier les caractères de l'organisation de la famille *stricto sensu*, sans étudier aussi à quel moment se dénouent les liens, expirent l'autorité et les contraintes que nous y avons examinées, sans se demander s'il n'y a pas au-delà de la famille une certaine survivance de sa constitution, et sans rechercher par quel affaiblissement et par quelle dégression s'éteignent les devoirs et les droits qu'elle avait fait naître.

Nous étudierons donc les caractères juridiques de la famille prolongée et, pour le faire, nous les prendrons dans les trois stades qui marquent les étapes de la dissociation du groupe familial : majorité des enfants, fondation par eux de foyers nouveaux, décès des parents.

*
* *

II. — *L'autorité paternelle après la majorité des enfants*

Les enfants ont atteint leur majorité, leur première éducation est terminée : le droit de garde, et le droit de correction ne s'exercent plus sur eux. Que subsiste-t-il donc de

l'autorité paternelle? Quelles relations de droit les unissent encore aux parents?

L'article 371 du Code fournit à cette première question une réponse générale : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ».

La plupart des auteurs décorent du nom de puissance paternelle *lato sensu* ces droits perpétuels des parents à la déférence des enfants. L'expression, quelles que soient les atténuations qu'on lui apporte, nous paraît inexacte. Si nous laissons en effet de côté les restrictions spéciales aux mineurs de 25 ans, et si nous nous bornons à envisager les devoirs perpétuels des enfants envers leurs parents, nous constaterons que ces devoirs ne répondent nullement à l'existence chez les parents d'une « puissance » effective. Les devoirs moraux de reconnaissance, de respect, d'affection n'investissent nullement ceux à qui ils sont dus d'une autorité véritable au sens juridique du mot.

C'est ce qui ressort très nettement du reste des discussions qui eurent lieu au Conseil d'Etat sur l'article 371. Dans la séance du 8 vendémiaire an XI, Bérenger demandait la suppression de ce texte parce qu'il ne contenait aucune disposition législative ; on lui répondit en invoquant l'utilité d'un pareil rappel de principes (1) ; mais il n'est pas douteux que les législateurs de 1804 n'y ont vu qu'une règle de moralité. « Ce n'est là, au premier aperçu, disait aussi le tribun Albisson, qu'un précepte de morale... mais ce précepte devait précéder des dispositions toutes relatives à une autorité temporaire pour rappeler sans cesse aux

1. Fenet. x. p. 488.

enfants que, si la loi les affranchit à des époques fixes de leur âge de l'autorité de leurs parents, il n'est point de moment dans leur vie, point de circonstances, point de situations, où ils ne leur doivent honneur et respect » (1). L'inscription d'un pareil devoir dans un texte de loi pouvait-elle être de quelque efficacité morale et sociale ? il est permis d'avoir quelques doutes à ce sujet. Mais il importe de remarquer que, de l'aveu même du tribun Albisson, défenseur de ce texte, et quelle que soit la tournure du début de sa phrase, il n'y a pas là la consécration d'une autorité qui se survivrait à elle-même après la majorité des enfants, mais le simple rappel d'un devoir que l'on crut utile d'inscrire en tête du chapitre de la Puissance paternelle.

Aussi est-ce bien en vain que quelques commentateurs se sont torturé l'esprit pour découvrir en droit civil des applications de cette règle : aucune jurisprudence ferme et bien établie ne peut être invoquée pour sanctionner les ingénieuses conséquences que l'on voulait en faire découler. Ce n'est qu'en droit pénal que certains textes (2), qui se seraient, du reste, parfaitement suffi à eux-mêmes en dehors de l'article 371, s'inspirent dans leurs dispositions du principe rappelé par cet article.

Quelles sont donc les règles légales qui prolongent au delà de la majorité certains droits des parents ? On peut les ramener à deux groupes : celles qui ont trait à l'établissement des enfants ; celles qui concernent les devoirs mutuels d'assistance entre parents et enfants.

1. Fenet. x. p. 539.
2. Code pénal. art. 13, 248, 312, 323.

Les premières établissent une majorité spéciale de 25 ans jusqu'à laquelle les enfants, affranchis depuis 21 ans de l'autorité des parents, restent cependant soumis à ceux-ci en ce qui concerne divers actes d'une importance particulière, parce qu'ils engagent définitivement la vie et la situation de celui qui les accomplit ; ce sont : le mariage (art. 148 C.) l'adoption (art. 346 C.), l'entrée dans les ordres (décret du 28 février 1810, art. 4) ou dans une congrégation religieuse de femmes (décret du 18 février 1809, art. 7).

Nous étudierons dans le mariage seulement cette survivance de l'autorité paternelle au-delà de la majorité des enfants, parce que des faits que nous venons d'énumérer, le mariage est de beaucoup le plus fréquent et le plus intéressant au point de vue social. Le texte sur l'adoption est d'une application peu fréquente. Quant au décret de 1810, il peut être considéré comme abrogé par les articles 2 et 44 de la loi du 9 décembre 1905, sur la Séparation des Eglises et de l'Etat ; l'énumération des textes expressément abrogés par l'article 44 n'est, en effet, qu'indicative et nullement limitative, et il paraît difficile en présence de la disposition « La République ne reconnaît aucun culte » de ne pas voir dans l'état sacerdotal une profession qui ne se distingue en rien des autres aux yeux de la loi, et pour laquelle une rigueur spéciale de la puissance paternelle est dès lors injustifiable.

Le décret de 1809 sur les congrégations religieuses de femmes semble, par contre, être encore en vigueur ; il faut souhaiter de le voir disparaître ; car il y a quelque chose de choquant à soumettre à l'appréciation et à l'auto-

rité des parents, une décision qui relève, somme toute, de l'intimité de la conscience et s'appuie sur des considérations essentiellement personnelles échappant le plus souvent à la compétence de la famille. A 21 ans, une jeune fille jouit d'une pleine capacité civile ; il n'y a pas pour s'opposer à sa libre entrée dans la vie religieuse les mêmes raisons que pour soumettre son mariage à une autorisation préalable ; ici c'est une situation dont les parents eux-mêmes ont fait l'expérience qui comporte des éléments que la plupart du temps ils sont à même de juger et d'apprécier sainement et en connaissance de cause ; là, c'est un attrait personnel jailli d'un sentiment qui non seulement n'est pas éprouvé par les auteurs de la jeune fille, mais qui même leur sera totalement incompréhensible, s'ils n'ont pas les mêmes convictions, les mêmes pratiques, ou le même tempérament religieux.

D'ailleurs une particularité remarquable donne à l'étude des autorisations au mariage un intérêt tout spécial. C'est qu'ici, non seulement l'autorité paternelle se prolonge dans sa plénitude pendant la minorité de 25 ans, mais encore les enfants restent toute leur vie tenus de solliciter l'autorisation de leurs auteurs pour contracter mariage et ne peuvent passer outre à leur défense que moyennant la pénible procédure des actes respectueux. Cette exigence de la loi a fait l'objet, en ces dernières années surtout, de vives controverses. Cherchons à en pénétrer la raison d'être et voyons à quelle inspiration ont obéi les rédacteurs du Code en l'édictant.

III. — *Les Autorisations au Mariage*

Beaucoup des adversaires de l'autorisation parentale y ont vu la survivance de préjugés aristocratiques d'un autre âge, l'empreinte de l'antique et majestueuse conception de la famille d'Ancien Régime, la possibilité accordée à la collectivité familiale, au détriment de la liberté du mariage, d'interdire une mésalliance et d'écarter ce qui ternirait son prestige, bref le droit collectif primant le droit individuel au nom d'un intérêt de caste.

D'autres y ont critiqué une réminiscence de la *patria potestas* et de la perpétuité romaine de l'autorité paternelle. De toutes façons, et que ce fût contre une extension exagérée du droit individuel du père ou contre une importance excessive attribuée au droit collectif de la famille, on a reproché au législateur de 1804 d'avoir sacrifié et méconnu l'intérêt des enfants.

Celui-ci avait pourtant protesté d'avance, et en termes très nets, contre une pareille accusation : « La nécessité de ce consentement, dit Portalis, reconnue par toutes les lois anciennes, est fondée sur l'amour des parents, sur leur raison, et sur l'incertitude de celle de leurs enfants... En exigeant comme autrefois le consentement des pères et mères pour le mariage des enfants, nous ne motivons plus la nécessité de ce consentement par les mêmes principes. Dans l'ancienne jurisprudence cette nécessité dérivait de la puissance, et, selon l'expression des auteurs, d'une sorte de droit de propriété qui, dans l'origine, avait appartenu aux pères sur ceux à qui ils avaient donné le jour. Ce droit

n'était point partagé par la mère pendant la vie du père. Il ne l'était pas non plus par les ascendants de la ligne maternelle tant qu'il existait des ascendants paternels. Aujourd'hui ces idées de puissance ont été remplacées par d'autres. On a plus d'égard à l'amour des pères et à leur prudence qu'à leur autorité. De là ce concours simultané des parents au même degré pour remplir les mêmes devoirs et exercer la même surveillance. Un tel système adoucit et étend la magistrature domestique sans l'énerver. Il communique les mêmes droits à ceux qui sont présumés avoir le même intérêt. Il ne relâche point les liens de famille : il les multiplie et les ennoblit (1) ».

Portalis écarte ainsi le reproche de despotisme paternel en montrant l'extension et l'adoucissement du droit d'autorisation : le tribun Gillet va repousser l'accusation d'avoir sacrifié au préjugé aristocratique, en développant au contraire un argument tiré de la concentration de ce droit sur la tête des seuls parents immédiats : « En général, si l'on compare l'esprit de la loi proposée avec l'ancienne jurisprudence, on voit que, pour régler le mariage des mineurs, celle-là mettait plus d'autorité dans le corps de la famille, et celle-ci plus de confiance dans le sentiment particulier des parents directs, plus d'abandon surtout en faveur du vœu maternel : c'est que les vues de la première se portaient spécialement sur une certaine convenance extérieure d'état, dont le plus grand nombre est l'arbitre, au lieu que les vues de la dernière se sont attachées davantage aux convenances personnelles toujours mieux appréciées par

1. Discours, p. 168 et 170.

ceux dont la tendresse attentive étudia dans notre enfance tous les développements de notre âme (1) ».

Cette double réplique est directe et formelle ; est-elle absolument décisive ? Nous ne le pensons pas. Que, conformément aux affirmations de Portalis et de Gillet, on n'ait voulu faire revivre dans cette institution ni la *patria potestas* romaine, ni les précautions prises par les familles nobles pour sauvegarder l'honneur de la lignée, c'est assez admissible ; mais ce qui ne l'est pas moins, c'est qu'en prenant pour base l'intérêt des enfants on n'ait songé à les garantir contre des mariages jugés mal assortis par leur famille et notamment à protéger les fils des familles bourgeoises contre des alliances possibles avec des filles qui n'étaient ni de leur monde ni de leur condition. Et par conséquent, s'il est vrai de dire que l'on a pris en considération l'intérêt des enfants, il faut noter que cet intérêt sera envisagé le plus souvent du point de vue des traditions familiales. D'autre part, si de semblables motifs ont inspiré l'interdiction absolue faite aux mineurs de 25 ans de se marier sans autorisation, on peut dire que l'obligation sanctionnée légalement de solliciter à tout âge l'autorisation parentale, en donnant à l'autorité paternelle un caractère de perpétuité, se rattache par une filiation plus ou moins lointaine à la *patria potestas* romaine.

Il est ainsi possible de retrouver atténuée et affaiblie sans doute, mais réelle pourtant, la survivance du droit romain, du droit communautaire germanique et des mœurs

1. Fenet. IX. p. 189.

familiales de l'Ancien Régime dans les dispositions des articles 148 et 151 de notre Code.

Là encore l'évolution juridique s'opère dans le sens de la pleine liberté du mariage et de la disparition de ces restes des anciens droits, et il ne nous semble pas qu'il faille le regretter. Sans doute les conseils des parents, le plus souvent dictés par l'affection, basés sur une expérience que les enfants ne possèdent point, contrôlés et passés au crible d'une réflexion et d'un raisonnement dont un cœur troublé par l'amour n'est guère capable, sont une garantie et un frein qu'il faut souhaiter à tous les jeunes gens au moment où ils s'apprêtent à se lier pour la vie. Mais sanctionner légalement la nécessité de ces conseils, donner un effet juridique à cette influence morale est d'une utilité contestable, et un siècle d'expérience indique qu'une semblable institution est doublement condamnable, et parce qu'elle n'est plus en harmonie avec l'état des mœurs, et parce qu'elle n'a pas donné au point de vue social les résultats qu'on espérait lui faire produire.

Elle est d'abord démodée, et ici c'est surtout contre l'établissement d'une majorité spéciale de 25 ans que porte la critique. L'extension des droits politiques a d'abord accru l'importance de la capacité dont le fils est revêtu à 21 ans ; il est devenu plus difficilement supportable à un citoyen habitué à l'indépendance, revêtu du droit de participer à la direction de l'Etat, de se sentir inapte à choisir librement sa compagne. Et cette considération a encore accru ce caractère choquant de l'inégalité que consacre la loi en notre matière entre le jeune homme dont la majorité

est reculée jusqu'à 25 ans et la jeune fille libre dès 21 ans.

On a beau faire remarquer, comme Portalis ne manqua pas de le faire, que les jeunes filles se marient plus tôt que les jeunes gens; la différence établie entre eux apparaît à la réflexion, bien peu justifiée. Si c'est vraiment sur l'inexpérience du jeune homme sans défense contre la fougue de son âge et la violence de ses passions qu'est basée la nécessité du consentement des parents, on ne voit pas pourquoi la jeune fille, chez laquelle la force du sentiment est incontestablement plus grande que chez l'homme, qui est moins que lui familiarisée avec la vie, est quatre ans plus tôt libre de se marier. On ne voit pas davantage pourquoi la majorité de 21 ans, qui confère au fils une capacité plus haute qu'à la jeune fille, libère celle-ci au point de vue du mariage et laisse celui-là dans les liens de la puissance paternelle. On ne voit pas surtout pourquoi la jeune fille est jugée plus tôt que le jeune homme capable d'accomplir un acte qui restreint sa capacité civile, alors que le mariage accroît celle du jeune homme en lui donnant un certain pouvoir sur sa femme. L'évolution économique elle-même, qui, nous l'avons déja dit dans le chapitre de la puissance paternelle, tend à affranchir de bonne heure l'enfant au point de vue pécuniaire et à lui créer une situation indépendante, milite encore en faveur de l'abaissement à 21 ans de la majorité matrimoniale.

Quant au rôle et au prestige de la famille prise en tant que société perpétuelle composée de générations se transmettant les unes aux autres avec le nom, le patrimoine

d'honneur et de gloire qui y est attaché et les traditions qui se sont formées dans son sein, l'un et l'autre se sont considérablement affaiblis, et l'on ne considère plus aujourd'hui qu'ils puissent légitimement s'opposer à la libre fondation par l'individu d'un foyer indépendant.

La force de ces considérations est telle que, lorsque, le 19 juillet 1906, la Chambre des Députés fut amenée à discuter le projet de loi de l'abbé Lemire simplifiant les formalités du mariage, l'abaissement de la majorité à 21 ans pour les deux sexes, fut votée presque sans discussion, tandis qu'un débat assez vif s'engageait sur l'opportunité de la suppression des actes respectueux.

Obliger les enfants majeurs à une démarche de respect envers leurs parents, les contraindre, en cas d'opposition avec eux, à solliciter une dernière fois le consentement refusé, de manière à ce qu'il fût pénible et malaisé de se marier contre le gré de ses parents, tel était le but de l'institution des actes respectueux. La pratique semble démontrer que tout ce qu'on avait voulu sauvegarder par là, moralité de la famille, dignité des parents, déférence des enfants à leur égard, a été compromis beaucoup plus que conservé par l'usage des actes respectueux.

C'est d'abord une erreur que d'avoir voulu assurer le respect dû aux parents par une semblable procédure. En dépit des termes dans lesquels ils sont rédigés, de pareils actes restent des « sommations » ; et si l'on conçoit que dans l'intimité de la famille, une démarche analogue puisse être faite par un enfant auprès de ses parents, sur un ton, avec des expressions et des gestes qui marquent le respect, et le

regret d'avoir à vaincre la résistance de ses auteurs, la sommation faite par le ministère du notaire emprunte toujours à sa forme juridique une certaine brutalité et un caractère « irrespectueux » ; c'est la signification faite aux parents qu'on va se passer de leur consentement.

Et en effet il ne faut pas s'abuser sur les résultats de ces actes. On pouvait en attendre une double efficacité : efficacité positive triomphant du refus des parents, efficacité négative intimidant les enfants et les faisant reculer devant ces extrémités ; — or la première a été nulle et la deuxième, trop réelle, a eu des suites déplorables ! M. Deribéré Desgardes, rapporteur du projet Lemire, remarquait le 12 avril 1906 à la tribune de la Chambre que « les officiers ministériels qui ont été chargés de la signification de ces actes, n'ont jamais abouti ». Et quant à l'intimidation des enfants par cette procédure, elle a eu lieu fréquemment, mais ce fut tantôt, quand une pensée généreuse dictait leur décision, pour les faire renoncer à des mariages qui n'eussent été que de justes réparations, — tantôt, quand la passion seule était en cause, pour les pousser dans la voie de l'immoralité et des unions irrégulières, non pour les décider à abandonner leurs projets. Ces seules considérations, basées sur des faits dont l'authenticité n'est pas douteuse, devraient suffire à faire abolir d'aussi déplorables exigences.

« Si vous saviez, disait encore M. Deribéré-Desgardes, combien d'unions illégitimes, combien de naissances d'enfants naturels sont précisément dues aux prescriptions ac-

tuelles de la loi, vous voteriez sans hésiter la suppression des actes respectueux (1) ».

C'est ce qu'a fait la Chambre en adoptant, dans sa séance du 12 avril 1906, le projet Lemire. Le Sénat a montré moins de hardiesse : le 30 janvier 1907, discutant en première lecture le texte voté par la Chambre, il a décidé le maintien de l'autorisation au mariage pour les mineurs de 30 ans. Mais à défaut de l'autorisation, aucune démarche personnelle ne serait imposée aux enfants ; ce serait à l'officier de l'Etat-civil à donner à la famille un avis, après lequel un délai de quinze jours serait nécessaire pour que la célébration du mariage pût avoir lieu.

Quel que soit le texte qui sera définitivement adopté, il n'est pas douteux que nous marchons à la suppression complète des autorisations au mariage pour les enfants majeurs. La loi du 20 juin 1896 réduisant à un seul les trois actes respectueux autrefois exigés pour les mineurs de 30 ans, avait marqué une première étape vers cette réforme. La dernière ne peut tarder. Lorsqu'on l'aura franchie, les limites légales de la puissance paternelle en cette matière seront rentrées dans celles de la famille proprement dite, et le droit civil aura rejoint les prescriptions du droit canonique pour assurer la presque complète indépendance du choix des époux et la liberté du mariage.

Nous disons *presque* complète, et en effet, une fois les actes respectueux abolis, la majorité pour contracter mariage uniformément ramenée à 21 ans, il restera le droit pour les parents de former contre le mariage de leurs enfants une

1. Journ. Off. Débats de la Chambre 1906, p. 1743, col. 3.

opposition qui en retardera toujours de deux ou trois semaines au moins la célébration : le délai est bref, grâce à la procédure expéditive établie pour trancher les demandes de mainlevée d'opposition. Cependant il y a là encore une entrave ; elle se justifie parfaitement quand l'opposition est régulière, c'est-à-dire quand il existe réellement un empêchement légal à l'union projetée ; en la dénonçant les parents se font les auxiliaires de la justice et les défenseurs de l'ordre public ; ils agissent comme mieux informés, non comme détenteurs d'un pouvoir spécial. Mais le Code investit les ascendants, père, mère et aïeux, d'un droit illimité de faire opposition, même en l'absence de motif réel. Sans doute mainlevée sera alors donnée de l'opposition faite à tort. Mais il y a là la possibilité d'une petite vexation qui peut considérablement gêner et contrarier les futurs époux, et qui, par la mesquinerie de ses effets, n'ajoute rien au respect de l'autorité paternelle et à la déférence due aux ascendants. L'arme remise par la loi aux parents est à double tranchant : elle risque, s'ils en font un emploi inconsidéré, d'infliger à leur amour-propre et à leur autorité une égale blessure ; il eût été plus sage de n'en permettre l'usage que dans les cas où elle pouvait être juste et efficace.

IV. — *La dot des enfants*

En présence de l'évolution qui tend à accroître les droits de l'individu à l'égard de la famille, à sanctionner plus étroitement les devoirs des parents envers leurs enfants, il semble au premier abord assez étonnant que le Code ait

expressément écarté dans l'article 204 l'obligation pour le père de doter ses enfants, obligation reconnue à sa charge par le droit romain.

La discussion fut, il est vrai, très chaude au Conseil d'Etat sur ce point. La thèse de l'obligation, soutenue par Maleville, y fut combattue par Tronchet : « Il faut bien se garder, objecta-t-il, d'armer les enfants contre leur père : l'action qu'on propose de leur donner deviendrait un moyen de le gêner, de l'embarrasser, de rompre ses spéculations... Au reste pour corriger les abus rares du refus des pères, on pourrait autoriser la famille à réclamer la dot au nom de la fille. » (1) Portalis se rallia également au système du droit coutumier : « Il faut choisir entre deux usages opposés. Si celui du droit écrit existait partout, on n'aurait pas à en craindre l'abus ; mais il est dangereux de l'introduire, lorsque la puissance paternelle et la sévérité des mœurs sont affaiblies ». (2) Dans l'exposé des motifs du projet de loi sur le Mariage, il fait aussi ressortir, non sans emphase et sans exagération, les dangers de l'obligation de doter : « Aujourd'hui cette puissance (la puissance paternelle) n'est plus ce qu'elle était ; il ne faut pas l'avilir après l'avoir affaiblie. Il ne faut pas conserver aux enfants les moyens d'attaque, quand on a dépouillé le père de ses moyens de défense... Comme il faut que tout soit en harmonie, il eût été absurde d'augmenter les droits des enfants, quand on diminuait ceux des pères. L'équilibre en eût été rompu. Les familles eussent été déchirées par des troubles

1. Fenet. IX. p. 61.
2. Fenet. IX. p. 62.

journaliers. L'audace des enfants se fut accrue et il n'aurait plus existé de gouvernement domestique » (1).

Il est impossible de ne pas être frappé de la faiblesse de ces arguments; et s'ils ont pu avoir quelque poids sur des hommes préoccupés de doser savamment la part des droits romain et coutumier dans le Code, et d'éviter une transition trop brusque entre l'ancien droit et le droit nouveau, ils ne sauraient aujourd'hui nous suffire.

Il n'est pas douteux d'ailleurs, et les jurisconsultes sont à peu près unanimes à cet égard, qu'il existe à la charge des parents une obligation naturelle de pourvoir à l'établissement de leurs enfants. Le devoir d'éducation et d'entretien ne peut se limiter aux soins de l'enfance et à la formation intellectuelle et morale : les parents doivent élever leurs enfants au plein sens du mot, c'est-à-dire les mettre à même de se suffire par leurs propres moyens et de fonder à leur tour des familles ; or il est certain que, presque toujours pour entrer en ménage, et souvent pour faire choix d'une profession, un appoint pécuniaire sera nécessaire, et que le jeune homme ou la jeune fille qui en sera privé abordera la lutte pour la vie dans des conditions d'infériorité notoire.

Que l'on déplore cette nécessité de la dot, que l'on en dénonce les fâcheuses répercussions sur la moralité publique et le caractère des unions conjugales, soit ; mais on ne peut nier le fait, et on ne voit guère comment y porter remède. Certains auteurs, Le Play, notamment, ont préconisé la suppression radicale de la dot des jeunes filles. Mais il convient de ne pas perdre de vue que les jeunes couples

1. Discours p. 201.

auront toujours besoin d'un pécule si petit qu'il soit pour créer un foyer nouveau, et l'idéal paraît être une contribution égale des deux futurs époux dans cet apport. Ne doter que les jeunes gens supprimerait de leur part cette chasse à la dot si justement flétrie, mais risquerait d'éveiller chez les jeunes filles les ambitions et les calculs abolis chez les jeunes gens et les mœurs n'auraient rien à y gagner, bien au contraire !

Si l'obligation naturelle existe, pourquoi ne pas la sanctionner légalement ? Ici nous nous heurtons à des raisons d'ordre pratique qui défendent et qui défendront sans doute longtemps encore l'article 204 contre les projets de réforme.

En réalité en effet cette obligation naturelle est presque toujours convenablement remplie : les mœurs en ont assuré l'exécution, et la réprobation publique, que soulèverait l'acte des parents cherchant à s'y soustraire, semble une sanction assez efficace pour dispenser peut-être d'une sanction légale. D'autre part cette intervention de la loi serait forcément maladroite et brutale dans une matière aussi délicate : quand un père aurait-il suffisamment doté ? par quels procédés plus ou moins inquisitoriaux pourrait-on parvenir à une évaluation suffisamment précise de sa fortune pour juger en connaissance de cause ?...

Enfin, ces difficultés écartées, quelles seraient les conséquences morales d'une pareille prescription ? Une action de ce genre intentée au père ou à la mère troublerait gravement les rapports familiaux et obligerait à mettre de côté l'honneur et le respect qui leur sont dus. Seule une situation

extrême pourrait justifier une action en justice dans ces conditions. Et il serait à craindre que des abus se produisissent fréquemment et que l'acte de l'enfant usant de son *summum jus* ne constituât souvent une *summa injuria* et ne révélât une âme peu délicate et une moralité douteuse. Devant une pareille éventualité il était plus sage que le législateur s'abstînt.

V. — *L'obligation alimentaire entre parents et enfants*

Mais s'il était difficile et délicat d'obliger légalement le père à fournir une dot pour l'établissement de ses enfants, il était au contraire de toute nécessité que, lorsque les circonstances mettaient ceux-ci hors d'état de pourvoir à leur propre subsistance, les parents fussents tenus d'assurer leur entretien. La responsabilité qu'ils assument et qu'ils acceptent en donnant la vie à leurs enfants ne cesse pas en effet à leur majorité ; elle devient seulement moins lourde le jour où ceux-ci peuvent se suffire ; mais qu'une infirmité ou qu'une catastrophe fasse rentrer l'enfant dans l'état d'incapacité et de dénûment où il se trouvait dans les premières années de son âge, les devoirs des parents à son égard reprennent toute leur force et le Code les considère à juste titre comme tenus d'une obligation tellement stricte que, si leur propre indigence leur rend impossible une assistance pécuniaire, ils doivent la fournir en nature en recevant chez eux l'enfant et en lui donnant des aliments. (1)

L'article 207 établit du reste la réciprocité de ces dispo-

1. Art. 210 et 211 C.

sitions, et c'est justice. Si l'enfant n'a pas contracté volontairement à l'égard de ses parents les mêmes obligations impérieuses qu'ils ont envers lui, il a du moins envers eux une dette de reconnaissance dont il ne s'acquittera jamais trop complètement, puisque ordinairement il leur doit tout ce qu'il est, corps et âme, intelligence et cœur. Et tandis que le cas de sa propre infirmité ne se présentera que d'une façon exceptionnelle, la vieillesse de ses parents le mettra fréquemment dans l'obligation de payer cette dette.

Notons toutefois que l'obligation morale des débiteurs de la dette alimentaire est plus étendue que leur obligation juridique ; le Code pour ne pas entrer dans la voie d'une réglementation minutieuse et vexatoire s'est contenté d'exiger la fourniture des objets essentiels à l'entretien de la vie. C'est un strict minimum auquel des débiteurs consciencieux doivent tenir à honneur de ne pas restreindre leur dette, si leurs moyens leur permettent plus de générosité.

Remarquons en passant, que, par une singularité à notre avis critiquable, l'obligation alimentaire n'a pas été édictée entre frères et sœurs. Sans doute il n'y a plus entre eux ces liens de procréateur à procréé qui unissent si étroitement parents et enfants, et engendrent à leur charge réciproque des devoirs rigoureux et précis ; mais les liens formés entre eux par une vie commune, une affection toute particulière, un échange presque continuel de services rendus pendant l'enfance auraient dû décider le législateur à sanctionner les devoirs moraux d'assistance fraternelle qui

en résultent. En se refusant à le faire, il est tombé dans un excès d'individualisme regrettable.

***

VI. — *La seconde génération familiale*

Ainsi, à l'heure actuelle, une fois la majorité franchie, une période s'ouvre pour les enfants où notre législation civile ne laisse peser sur eux que l'ombre de l'autorité des parents, et où seule l'obligation alimentaire réciproque est fortement organisée. Franchissons encore un stade : ces enfants se marient à leur tour ; ils se chargent, dans les foyers qu'ils fondent des mêmes responsabilités que leurs parents avaient assumées envers eux, et ces obligations, plus impérieuses encore que le devoir de piété filiale, achèvent de les détacher socialement et juridiquement de la famille où ils ont reçu le jour. Une nouvelle cellule est constituée, sur laquelle les affections, les soins, les sacrifices des enfants, devenus à leur tour chefs de famille et éducateurs, vont se concentrer, puisque aussi bien le pouvoir d'aimer et de se dévouer n'est point illimité chez l'homme.

En droit, l'obligation d'entretenir leurs parents âgés ou infirmes et de leur fournir des aliments ne cesse pas ; elle devient seulement, en fait, moins aisément exécutable par suite de sa coexistence avec le devoir plus strict d'entretien des enfants, et par suite de son extension à une catégorie nouvelle d'ayants droit : les alliés.

La cellule familiale, en effet, a beau présenter des contours plus nets et une surface plus limitée qu'autrefois,

elle n'est pas isolée ; c'est vrai socialement, ce l'est aussi dans notre législation. Encore rattaché à sa famille par la dette alimentaire, le conjoint contracte une obligation analogue dans la famille, hier étrangère, de son conjoint. La parenté de la femme devient pour l'homme comme une parenté nouvelle et réciproquement : le beau-père et la belle-mère deviennent créanciers alimentaires de leur bru ou de leur gendre considérés par la loi comme fils et fille à leur égard. Et cette analogie entre la parenté et l'alliance s'étend assez loin pour que la qualité de beau-frère et de belle-sœur constitue un empêchement au mariage entre les personnes qui se donnent ce titre.

VII. — *Droits et devoirs des grands parents*

Mais sur cette génération née de leurs enfants, les parents conservent-ils des droits ; sont-ils encore tenus envers elle d'obligations ? Le Code a répondu très nettement par l'affimative. Dans une série de textes, dispersés il est vrai (1), mais dont la synthèse est relativement aisée, il a reconnu aux grands parents : d'abord le droit illimité de faire opposition au mariage, ensuite un droit et une obligation réciproque, celui de recevoir et celle de fournir des aliments en cas de besoin, enfin toute une série d'obligations qui visent à mettre leur expérience et leurs forces au service de leurs petits-enfants, quand une absence ou un décès, en désorganisant la famille, rend nécessaire l'organisation de nouveaux rouages tutélaires.

1. Art. 173, 203, 205. 207, 402, 403, 404. 407 C.

Nous avons d'autre part signalé plus haut qu'une jurisprudence, qui s'est formée dans la seconde moitié du siècle dernier, tend à consacrer, même en face de l'autorité parentale, le droit des grands parents à communiquer avec leurs petits-enfants, et que, si les tribunaux ne se sont pas reconnu le droit d'ordonner un séjour des enfants chez les grands-parents, ils n'ont pas hésité à réglementer au profit de ceux-ci un véritable droit de visite.

Leur droit d'opposition au mariage, leur droit et leur obligation alimentaire ne diffèrent pas de ceux des parents eux-mêmes ; quant à leur situation vis-à-vis du conseil de famille elle est la même que celle du reste de la parenté.

Ce n'est guère qu'au point de vue de la tutelle que la loi leur crée des devoirs particuliers. Lorsque la mort des père et mère a privé l'enfant de ses soutiens et de ses guides naturels, c'est en effet aux ascendants les plus proches que la tutelle est dévolue de droit. Cette solution est pleinement justifiable, si l'on considère dans la tutelle les fonctions qui ont trait aux soins personnels à donner aux pupilles; on peut se fier à l'affection des grands-parents pour rendre cette garde aussi affectueusement prévenante que possible, et il est bien certain que c'est auprès de ses grands-parents que l'enfant retrouvera le mieux la douceur du foyer détruit. Mais il y a dans la tutelle, à côté des soins personnels, des actes d'administration à accomplir ; est-il sage d'en donner le souci à des personnes âgées, expérimentées sans doute, mais dont les facultés affaiblies ne correspondent pas ordinairement à ce que l'on serait en droit d'attendre d'un bon administrateur? Et n'eût-il pas mieux valu laisser

au conseil de famille le soin de décider, en appréciant les circonstances de chaque espèce, si la tutelle devait être remise ou non en des mains aussi débiles ? La loi a pris soin d'écarter les ascendantes de cette tutelle, en considération de ce que chez elle « la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge » ; cette dernière considération aurait dû suffire à ne pas imposer aux aïeuls un fardeau souvent au-dessus de leurs forces.

Ici encore, certains auteurs ont vu dans le droit accordé aux ascendants, la persistance de la *patria potestas* romaine, un souvenir affaibli de la perpétuité du pouvoir du chef de famille sur les générations successives issues de lui. La tutelle des ascendants fut empruntée en effet à la législation des pays de droit écrit, alors que les pays de coutume ne connaissaient guère, à quelques exceptions près, que la tutelle dative. Remarquons toutefois qu'il y a loin de notre moderne tutelle des ascendants à la tutelle romaine des agnats ; celle-ci était un droit en même temps qu'une charge, celle-là est avant tout une obligation ; celle-ci, accordée aux héritiers présomptifs du mineur les intéressait à la bonne gestion du patrimoine par l'espoir de succéder ; celle-là, toute désintéressée, n'est instituée qu'en vue de l'intérêt du pupille et ne vise qu'à protéger son inexpérience et sa faiblesse, en l'absence de ceux que la nature avait chargés de cette protection.

C'est du reste le caractère de toutes les obligations dont sont tenus les grands parents que de suppléer aux fonctions paternelles ; on peut dire que, durant la vie des parents, ces obligations sommeillent, primées par celles plus

immédiatement impérieuses du père et de la mère ; que ceux-ci viennent à disparaître, et les responsabilités nées de l'acte générateur qui contenait en puissance toute la série des générations successives, reprennent leur force : le grand-père doit protéger l'enfance de ses petits-fils ; il leur doit des aliments dans les mêmes conditions que les parents eux-mêmes s'ils ne peuvent se suffire.

VIII. — *La Parenté*

Nous n'avons envisagé jusqu'à présent que les parents en ligne directe : ascendants et descendants ; mais les père et mère ont des frères et sœurs et ceux-ci des enfants. Oncles, tantes, cousins, c'est un nouvel ordre de parents : c'est la ligne collatérale qui, par degrés successifs, peut aller à l'infini, au moins théoriquement, car le souvenir de l'aïeul commun une fois perdu, la parenté cesse de produire des effets dans les relations sociales.

Les circonstances, du reste, peuvent reculer très loin ou restreindre, au contraire, beaucoup les limites de la parenté. On peut observer cependant qu'autrefois, et à raison des conditions économiques où vivaient les familles, la parenté était sensiblement plus étendue qu'elle ne l'est pour nos contemporains ; et à l'époque actuelle encore elle occupe pour les mêmes raisons une place plus grande, dans les milieux ruraux que dans les agglomérations urbaines. Mais il est à prévoir que ce mouvement de restriction de la parenté, qui date de très loin, et qui va de pair avec l'évolution individualiste de la famille, s'accentuera

encore à l'avenir, simplifiant et réduisant non seulement la cellule familiale elle-même mais encore les cercles de parents qui l'entourent (1).

Quoiqu'il en soit, si à d'autres époques la parenté a pu constituer une véritable société familiale, avec son organisation propre, ses chefs, sa collaboration en vue d'un bien commun, société absorbant dans certains cas la famille *stricto sensu*, et dans d'autres l'entourant et l'assistant, il semble bien qu'aujourd'hui elle ne constitue plus une société proprement dite, puisqu'elle n'existe que par des souvenirs communs, des relations amicales et le lien physiologique du sang, mais sans autorité chargée de la régir, sans collaboration commune organisée.

Il y a là un double fait, fait moral : la tradition — fait physiologique : les liens du sang, rapprochant les individus et produisant entre eux des relations plus intimes et plus affectueuses que celles entretenues avec des étrangers, mais il n'y a pas groupe organisé comme dans la famille *stricto sensu*. C'est ce que M. Boistel exprime fort bien en comparant les relations entre parents aux relations qui s'établissent dans les réunions mondaines, et en faisant remarquer que « dans la famille, ces relations de bons offi-

1. On peut suivre ce mouvement de restriction de la parenté dans la législation des prohibitions de mariages entre parents. Dans l'ancien Droit Canonique qui réglait seul alors la matière du mariage ces prohibitions s'étendirent jusqu'au 7e degré canonique (14e degré civil) — en 1215 le Concile de Latran les limite au 4e degré (8e degré civil). En 1804 elles sont réduites encore en Droit civil et ne s'étendent plus que jusqu'au 3e degré et à une partie des parents du 4e degré civil (grand-oncle et grand'tante).

ces et d'agréments sont consacrées, régularisées, établies d'une manière durable, avec généralement des occasions périodiques de manifestations plus cordiales (1) ». Mais on s'explique mal qu'ensuite le même auteur découvre dans ces relations de fait une société véritable et écrive : « La cause de la société réside alors dans la volonté première des parents qui, dès l'instant de la génération, a destiné à cette collaboration sous diverses formes la nature des enfants (2). »

Nous ne croyons pas qu'il faille chercher si loin, et surtout dans l'intention d'une volonté individuelle, l'explication de la cause première de la parenté : elle existe par la force des choses et parce que les affinités physiques et morales que nous venons d'indiquer créent nécessairement entre certaines personnes un lien plus ou moins lâche, mais ce lien n'est pas accompagné d'autorité et d'organisation, et donc il ne saurait y avoir là une société au plein sens du mot. La classique comparaison de l'arbre poussant des branches et des rameaux qui représentent les familles issues d'un auteur commun, peut avoir quelque intérêt pour exprimer sous la forme concrète du dessin généalogique ce que sont les liens de parenté ; elle est inexacte si on veut l'appliquer à l'ensemble des familles unies par ces liens, comme la représentation d'un tout et d'une unité biologique.

On peut du reste constater que, bien qu'il se soit montré dans cette matière beaucoup plus traditionnaliste que dans

1. Cours de Philosophie du Droit. I. p. 119.
2. Ibid. p. 120.

d'autres, le Code n'est pas exempt d'une certaine tendance vers l'individualisme en réglant le principal droit des parents, le droit successoral, et leur principale obligation, la participation aux travaux du conseil de famille.

IX. — *Les Droits successoraux de la parenté*

Les parents, à défaut des membres de la famille *stricto sensu*, sont appelés à la succession du défunt et ce jusqu'au douzième degré. Cette limite du douzième degré peut être considérée à bon droit, comme la limite juridique de la parenté, puisque, selon l'opinion commune, elle produit ses effets non seulement à propos des successions, mais encore pour certains droits attachés à la qualité des parents, comme, par exemple, la faculté de requérir la convocation du conseil de famille, d'exercer l'action en interdiction et celle en nomination d'un conseil judiciaire.

Cette extension considérable de la parenté a provoqué d'assez vives critiques et, en ces derniers temps, nombre d'auteurs, notamment MM. Renouvier, Deschanel, Cauwès, Gide, pour ne citer que ceux-là, en ont demandé une limitation plus stricte. Notons cependant que le Code réalisait à cet égard un progrès sur l'ancien droit, où la parenté ne connaissait point de limites et où Lebrun enseignait « qu'un parent au millième degré, s'il se pouvait trouver tel, exclurait et le droit de déshérence et le droit de confiscation ».

Il y a pourtant quelque chose de fondé dans ces critiques : c'est que dans notre état social et étant données les conditions économiques que nous rappelions en tête de ce chapitre, les parents au douzième degré ne sont à peu près rien

pour nous, et nous sont même, le plus souvent, parfaitement inconnus. Dès lors établir un droit juridique à la succession d'un parent de ce degré, c'est supposer un lien purement illusoire et une affection ordinairement absente. Que si les circonstances ont maintenu, par une dérogation à cette règle générale, des relations fréquentes et cordiales entre parents au douzième degré, il serait facile au *de cujus* de disposer de sa fortune en faveur de ces parents, par testament, comme il l'eût fait en faveur d'un ami.

Certains ont objecté à une réforme limitant au sixième ou au quatrième degré le droit successoral, l'inconvénient qu'il y avait à laisser tomber dans les caisses de l'Etat et absorber par lui un nombre considérable de fortunes particulières. Cette crainte paraît chimérique ; le petit nombre de successions en déshérence à l'heure actuelle permet de supposer que la réforme proposée développerait l'usage du testament plus que les ressources pécuniaires de l'Etat ; et d'ailleurs à l'heure où le droit social tend à s'accroître, où l'Etat se charge, d'année en année, de fonctions plus nombreuses et d'obligations plus lourdes, on ne voit pas pourquoi le droit familial, si faible, disons mieux, si fictif, lorsqu'il s'étend jusqu'au douzième degré, prévaudrait sur le droit social et primerait les exigences impérieuses de la communauté.

Les parents appelés à une succession le sont dans un ordre basé et réglé sur l'affection présumée du défunt. Que, historiquement, une pareille notion soit erronée, qu'elle n'ait pas présidé aux premières organisations par la loi positive de la succession *ab intestat*, c'est possible ; mais il

n'est pas douteux qu'elle inspira les travaux du législateur de 1804. Les paroles de Treilhard (1), comme celles de Bigot Préameneu, montrent suffisamment qu'en établissant les règles de la succession *ab intestat* le Code s'est préoccupé de traduire aussi fidèlement que possible les intentions du défunt et de transmettre sa succession à ceux qu'il eût désignés s'il avait laissé un testament. Or un pareil principe amène forcément à un ordre successoral individualiste : l'affection, étant supposée aller aux plus proches, ne distingue guère entre les familles, ignore les droits communautaires et les groupes familiaux, et s'adresse surtout aux individus. L'homme qui meurt sans laisser de parents immédiats, ne laisse pas ses biens à une communauté familiale qui les recueille, mais à des parents qui lui succèdent isolément et à titre individuel.

C'est là le système d'une élégante simplicité établi dans la novelle 118 par Justinien et passé dans la législation des pays de droit écrit. Mais ce système, le Code va-t-il l'appliquer dans toute sa rigueur, sans amendements et sans atténuations? Le supposer serait méconnaître le caractère éclectique du Code, l'esprit de pondération, d'équilibre, de dosage minutieux, qui a présidé à sa composition.

Adopter tel quel le système du droit écrit eût été, en effet, pour les trois quarts de la France soumis à l'empire

1. « Vous concevez, législateurs, combien il importe de se pénétrer de toutes les affections naturelles et légitimes lorsqu'on trace un ordre de succession : on dispose pour tous ceux qui meurent sans avoir disposé ; la loi présume qu'ils n'ont eu d'autre volonté que la sienne. Elle doit donc prononcer comme eût prononcé le défunt lui-même au dernier instant de sa vie s'il eût pu ou s'il eût voulu s'expliquer. » (Fenet. XII. p. 137).

des coutumes, une innovation considérable. Dans ces pays le groupement de la parenté en famille, loin d'être méconnu dans la législation successorale, en formait au contraire la base. Les biens propres ou biens familiaux étaient régis par le principe de la conservation des biens dans la famille : *paterna paternis, materna maternis* ; les biens paternels étaient recueillis par la famille paternelle seule, et réciproquement, seule la famille maternelle était appelée à succéder aux biens venus du côté de la mère. Les acquêts eux-mêmes, ou biens acquis par le défunt, étaient divisés par moitié entre la ligne maternelle et la ligne paternelle. Bref, et encore que ce fussent des individus qui recueillissent en dernière analyse le bénéfice des successions *ab intestat*, c'est le droit familial, l'intérêt des collectivités, qui en réglaient la dévolution. L'idée politique et sociale de l'organisation de la famille primait l'idée philosophique et morale de l'affection présumée du défunt.

La loi du 17 nivôse an II, qui introduisit des modifications si profondes dans le régime des successions, ne pouvait laisser subsister une organisation qui, en maintenant les biens dans les mêmes familles, favorisait la perpétuité des fortunes aristocratiques et seigneuriales. La règle *paterna paternis, materna maternis* fut donc abolie, et sa disparition fut consacrée par le Code. Cependant la loi de nivôse, comme le Code, ne voulurent point, par l'adoption pure et simple du système romain, laisser à la seule proximité de degré le règlement de l'ordre successoral, au risque de voir toute une ligne de parents privée, au hasard des survivances des plus proches, d'un patrimoine que les

apports des deux lignes avaient contribué à former. La règle coutumière de la fente, limitée dans les coutumes à la dévolution des seuls acquêts, devient la règle générale ; les parents du côté paternel prennent la moitié de la succession, l'autre moitié est échue aux parents du côté maternel, et ce n'est qu'à l'intérieur de chaque ligne que la proximité des degrés reprend son empire.

Dans cette cote mal taillée, il est difficile de voir ce qui reste des principes et des idées directrices en présence qu'il s'agissait de concilier. La volonté présumée du défunt n'est plus entièrement respectée, et il semble qu'on la force quelque peu en disant que ce partage égal entre deux lignes rentre dans ses intentions ; il est, au contraire, évident qu'entre un grand-père, d'une part, et un cousin éloigné, d'autre part, entre lesquels le Code établit le concours, c'est assurément au premier qu'iront, neuf fois sur dix, l'affection et le désir de laisser l'héritage. On ne peut dire cependant que le système de la fente ait réalisé le triomphe de la conception familiale ; l'abrogation de la règle *paterna paternis* est en effet d'une telle importance que sa suppression seule suffit à donner à l'œuvre législative un caractère de tendance individualiste.

Mais en réalité cette diminution des droits de la famille, cette unification du patrimoine qui empêche le retour des biens familiaux à leurs anciens propriétaires, est faite surtout en considération d'une idée qui dut peser de quelque poids dans la pensée du législateur révolutionnaire et du législateur de 1804, l'idée démocratique. L'égalité introduite dans le partage de la succession entre chaque ligne

tend à un certain nivellement des fortunes ; si les apports sont sensiblement égaux, elle satisfait chaque famille qui retrouve dans l'héritage ce qu'elle avait mis dans le patrimoine du défunt ; si les apports sont inégaux, le système de la fente, en les égalisant, travaille à diminuer la disproportion des fortunes avec le malaise social qui en découle et les oppressions qui peuvent en résulter. De sorte qu'en définitive le système successoral du Code, en amalgamant droit écrit et coutumes, en ordonnant les droits individuels des parents en deux lignes familiales, a beaucoup plus servi la cause égalitaire de la division des richesses, qu'il n'a sauvegardé les intérêts économiques des familles.

X. — *Les Obligations de la parenté : le Conseil de famille*

Par contre, il est une institution toute nouvelle, sinon par son organisation proprement dite, du moins par le rôle qui lui est attribué, dans laquelle le Code semble avoir visé une organisation collective de la fonction d'assistance et de secours qui incombe aux parents : c'est le conseil de famille.

Notre droit dépasse en effet sur ce point non seulement le droit écrit, où le conseil de famille n'eut jamais qu'un rôle insignifiant, mais encore le droit coutumier où l'intervention du conseil était plus fréquente, mais ne se traduisait, en dehors des cas de nomination du tuteur ou d'aliénation des immeubles du pupille, que par de simples avis sans force obligatoire. Suivant en cela la tradition révolutionnaire qui, pour « introduire le régime républicain dans

la famille » avait investi les conseils ou tribunaux de famille de fonctions importantes, tutélaires, modératrices, judiciaires, le Code augmente sensiblement les attributions et le rôle du conseil de famille. C'est ainsi qu'à chaque instant le conseil intervient dans l'organisation de la tutelle soit pour la nomination et la destitution du tuteur et du subrogé-tuteur, soit pour prendre des décisions sur les actes les plus graves de l'administration des biens du pupille, soit pour exercer certaines attributions de l'autorité paternelle : autorisations ou oppositions au mariage, droit de correction, octroi ou retrait de l'émancipation, etc....

Il y a là très certainement un sérieux progrès dans le sens d'une organisation rationnelle des devoirs familiaux de la parenté ; et l'on doit reconnaître que cette participation forcée des parents à la sauvegarde des intérêts de la famille éprouvée par la perte de ses chefs ou de l'un d'entre eux indique, dans la pensée du législateur, une conception nettement sociale des obligations de la famille élargie envers ses membres.

On peut même estimer que le Code en cette matière est allé trop loin et qu'il eût été préférable qu'il ne confiât pas le contrôle de la tutelle légale exercée par le survivant des père et mère au conseil de famille, mais aux tribunaux judiciaires, ou à une juridiction spéciale. La coexistence, en effet, chez le tuteur légal des pouvoirs d'autorité paternelle et des pouvoirs tutélaires, les liens étroits qui l'attachent au pupille rendent souvent irritante et malaisément supportable l'immixtion des proches dans le fonctionnement de la tutelle, aujourd'hui surtout que les rapports entre

parents sont devenus plus rares, moins cordiaux et moins intimes que par le passé. Nous trouvons somme toute ici les mêmes raisons de rejeter l'intervention de la parenté que celles que nous avons relevées en traitant du contrôle de l'autorité paternelle. En pratique d'ailleurs, comprenant sagement le caractère délicat et périlleux d'une intervention de ce genre, les collatéraux s'abstiennent avec raison de requérir la convocation du conseil de famille au cours des tutelles légales.

Ne nous faisons pas illusion cependant sur le caractère du groupement constitué par le conseil de famille : il ne réalise pas, à proprement parler, la participation de la famille organisée aux fonctions tutélaires ; il règlemente seulement et sanctionne les obligations de certains parents envers les orphelins de leur famille. Seules les ascendantes veuves, les frères et beaux-frères germains jouissent d'un droit propre et sont tenus d'une obligation générale à cet égard. Les autres parents, loin d'être appelés collectivement, ne sont convoqués que sous la réserve d'une double limitation, limitation de nombre : ils ne doivent pas être plus de six, — limitation visant l'éloignement du domicile : on doit faire appel à ceux qui sont établis dans un rayon de deux myriamètres autour de la localité où s'est ouverte la tutelle.

On peut dire du reste que ces règles sont d'une très grande élasticité, et que, sauf en ce qui concerne la catégorie des ascendants et collatéraux immédiats, le juge de paix, président de droit du conseil de famille, est à peu près maître de sa composition : il peut y appeler des parents

non domiciliés dans le rayon indiqué ; à défaut de parents domiciliés dans ce rayon, il est libre de choisir soit des parents résidant plus loin, soit des amis de la famille ; il n'a qu'à s'inspirer en la matière des intérêts du mineur. En dehors des prescriptions très lâches des articles 407 et suivants, la parenté ne peut lui opposer son droit de régler par elle-même l'accomplissement de ses devoirs de solidarité et d'assistance ; elle n'est aux yeux de la loi qu'un cadre approprié où le juge de paix choisit les appuis nécessaires et recrute les concours utiles. Seule la nécessité d'accorder à chaque ligne paternelle et maternelle un nombre égal de voix au conseil de famille représente dans cette institution les droits collectifs de la parenté.

***

On peut résumer ces constatations sur l'existence et la fonction juridique de la parenté en reconnaissant que le Code a fait aux parents, soit dans la succession, soit surtout dans l'institution du conseil de famille, une place relativement importante, mais que, sans s'inspirer peut-être de principes bien clairement entrevus, et se tenant sur le terrain transactionnel et essentiellement pratique où ses rédacteurs se sont le plus fréquemment placés, il a, plus ou moins inconsciemment, adapté ses dispositions à cette constatation que nous faisions plus haut, qu'en l'état social contemporain l'ensemble des parents ne forme pas à l'égard de la famille *stricto sensu* une société véritable, — et qu'il y a à vrai dire des parents tenus d'obligations de solidarité familiale, beaucoup plus qu'une parenté investie, comme

dans d'autres civilisations, de droits et de devoirs collectifs.

***

XI. — *Le problème de l'héritage*

Nous avons ainsi envisagé successivement l'affaiblissement des droits et des devoirs familiaux, à la majorité des enfants, — et à la fondation par eux de familles nouvelles dont l'ensemble constitue la parenté. Revenant à la famille *stricto sensu* dont ces études nous avaient éloigné, il nous faut maintenant examiner, quels droits y naissent, sur la tête des survivants, au décès d'un de ses membres, et spécialement au décès des parents, puisque cet événement, en frappant la famille dans ceux qui en assumaient la direction, amène une modification profonde dans l'économie du groupe.

Sans doute lorsqu'un des enfants décède, cette disparition est singulièrement grave au point de vue social, puisqu'elle compromet l'avenir de la famille et la perpétuité de la descendance ; elle peut être irrémédiable si l'enfant est unique, et en ce cas la société conjugale demeure seule avec un but en partie manqué. Mais le cas du prédécès des parents, par cela même qu'il est plus normal comme rentrant dans l'ordre naturel de la succession des générations, offre une tout autre importance ; il s'agit alors en effet de régler cette succession, d'organiser la transmission du patrimoine de la famille disparue aux jeunes familles déja fondées ou à ceux qui les fonderont demain, et par conséquent, s'il est

vrai qu'en un sens la famille soit une société perpétuelle, d'établir les conditions matérielles qui assureront à son développement progressif une assise d'une sécurité et d'une stabilité suffisantes. C'est le problème de l'héritage.

Ce problème est excessivement complexe et peut être envisagé sous bien des faces ; il intéresse en effet à la fois et la natalité, et l'agriculture, et l'industrie, et la colonisation, et le recrutement des armées, et le droit fiscal, et l'émigration..; il touche à presque toutes les questions de l'économie politique et sociale, et depuis cinquante ans ce sujet fut traité à tous ces points de vue dans une littérature abondante dont les patients travaux de Le Play et de ses disciples forment la majeure partie et la plus intéressante. Il ne saurait être question pour nous de passer en revue ces différents aspects du problème. Nous nous contenterons d'en aborder les sommets, et nous nous demanderons seulement, comme nous l'avons fait à chacune des divisions de cet ouvrage : De quels principes le Code s'est-il inspiré pour réglementer cette institution ?

Il avait le choix entre deux conceptions, l'une la conception romaine, qui mettait à la base des successions le testament et la liberté de tester et réglait la succession *ab intestat* sur l'intention présumée du défunt, — l'autre la conception coutumière, qui mettait à la base des successions une dévolution réglée par la loi dans l'intérêt familial, et n'autorisait le testament qu'avec des restrictions qui ne lui permissent pas de bouleverser l'ordre institué par la loi.

La conception romaine paraît inspirée par l'analyse théorique du droit de propriété. Elle y découvre un droit indi-

viduel conférant un pouvoir absolu sur la chose qui en est l'objet, entraînant avec le *jus fruendi et utendi*, le *jus abutendi* dans tout ce que cette expression peut avoir de plus large. Dès lors, le propriétaire père de famille doit être libre de disposer de son bien en toute liberté pour l'heure de sa mort, comme il en disposait en toute liberté durant sa vie ; le testament doit être considéré comme le mode principal de succession, et, lorsque le défunt a négligé d'en laisser un, la loi, en se substituant à lui, doit opérer une dévolution conforme à l'ordre présumé de ses affections. L'idée, également romaine, que le père de famille doit être armé d'une puissance très-étendue pour châtier et récompenser, ordonner et répartir les fonctions et les biens au mieux de l'intérêt familial, vient fortifier la thèse de la liberté testamentaire. Libre de léguer ses biens à qui bon lui semblera, le père peut exhéréder l'enfant coupable, avantager le fils vertueux, compenser par l'inégalité de ses legs les inégalités de la nature, et surtout, en remettant à l'un de ses enfants la part la plus importante du patrimoine familial, l'instituer héritier, le sacrer gardien de la tradition familiale et le charger de remplir auprès de ses frères et sœurs l'office de protection qu'il exerçait lui-même.

La conception coutumière, au moins à l'origine, fait découler le droit de succession de l'idée de copropriété familiale. Les biens qui forment la matière de l'héritage sont alors considérés comme possédés, du vivant même du *de cujus*, par les membres de la famille dans une sorte d'indivision ; la mort d'un de ces membres ne fait qu'accroître la part des survivants, sans qu'il y ait réellement transmis-

sion. « Ce n'est pas à proprement parler, — dit M. Boistel qui soutient cette thèse, — un droit nouveau qu'ils acquièrent, c'est seulement un obstacle qui disparaît à l'exercice du droit qu'ils avaient antérieurement (1) ». Les droits naturels des membres de la famille à la copropriété préexistante sont donc la base et la raison d'être des successions; toujours les mêmes, ils doivent être réglés une fois pour toutes par la loi. La succession *ab intestat* est la règle ; le testament l'exception, et quand cette exception se produit, les lois doivent l'enfermer dans des limites assez étroites pour que les droits des copropriétaires n'aient point à en souffrir. On ne saurait invoquer en faveur de la liberté testamentaire le droit de propriété du testateur, le chef de famille n'étant guère dans cette conception qu'un détenteur viager de la fortune, chargé de l'administration, mais n'ayant pas sur elle des droits d'absolue disposition.

Il convient de remarquer que ces deux conceptions s'opposent surtout en ce qui regarde les pouvoirs du chef de famille de disposer librement de sa fortune ; mais lorsqu'il y a lieu à succession *ab intestat*, elles aboutissent aux mêmes résultats. Les descendants sont appelés en première ligne et sur un pied d'égalité, et par l'affection présumée du défunt, et par les droits qu'ils pourraient avoir dans la copropriété familiale. Le principe de la représentation, en vertu duquel les petits-enfants sont appelés à la succession du grand-père, en représentation de leur père prédécédé et en exerçant collectivement les droits de ce dernier, se concilie parfaitement avec les deux principes opposés : il n'est

1. Cours de Philosophie du Droit. I. p. 136.

pas douteux que l'affection du grand-père se reporte, avec la même intensité, sur les enfants de celui qu'il a perdu, et, d'autre part, la souche ainsi formée par les petits-enfants hérite certainement des droits de leur auteur à la copropriété familiale possédée du vivant du *de cujus*.

XII. — *Caractère de nos lois successorales*

Aussi l'innovation capitale du Code en matière de succession *ab intestat* ne fut pas dans la consécration de ces principes généraux déjà appliqués pour la majorité des successions, mais dans la suppression de toute distinction fondée sur l'origine et la nature des biens. En soumettant en effet à la règle du partage égal entre tous les descendants toutes les successions nobles ou roturières, les lois des 15 mars 1790, 8 avril 1791 et 17 nivôse an II abolissaient les privilèges d'aînesse et de masculinité en vigueur dans la dévolution des fiefs. A vrai dire, le droit d'aînesse ne s'était pas maintenu dans le cadre restreint des successions nobles où le cantonnait la loi; nombre de familles bourgoises empruntant à l'aristocratie un procédé qui assurait, avec la conservation des biens dans la famille, la possibilité de soutenir le prestige du rang et l'influence acquise, s'efforçaient par divers systèmes : renonciation anticipée des cadets dûment dotés à la succession, institution contractuelle de l'aîné, substitution permettant de transmettre certains biens d'aîné en aîné.., — de détruire le principe d'égalité inscrit dans la loi romaine ou dans la coutume, et d'avantager l'aîné au détriment des puinés. L'unanimité des juriscon-

sultes, à l'exception de d'Argentré, tenant arriéré de la société féodale, critiquaient ces dispositions antiégalitaires, et dénonçaient les injustices qu'elles consacraient.

La tourmente révolutionnaire, où la passion égalitaire s'afficha avec plus de force encore que les aspirations vers la liberté, n'eut pas de peine à balayer ces vestiges de l'organisation aristocratique, et le Code confirma définitivement le principe démocratique et plus conforme à l'équité naturelle du partage égal.

Son acceptation s'imposait du reste avec une telle évidence que les travaux préparatoires du Code ne relèvent aucune discussion pour l'adoption de l'article 745 qui le consacrait, et, dans le discours de présentation au Corps Législatif, Treilhard n'en parle que pour célébrer en termes lyriques l'adoption de ce vœu de tous les hommes éclairés, pour lequel « il fallait qu'un grand peuple conspirât tout entier pour établir le régime de l'égalité sur la ruine des distinctions et des privilèges (1) ».

Il y eut par contre de très vives discussions quand on en vint à la détermination des pouvoirs du père; mais les principes de la Révolution dominèrent ici les traditions de l'ancien droit et lorsqu'il fallut choisir entre la conception romaine et la conception coutumière, ce fut l'influence démocratique qui fit le départ et régla les conditions de l'amalgame.

Il semble de prime abord que le droit romain triomphe. Tout l'ordre successoral est en effet fondé, comme le re-

1. Fenet. XII. p. 144.

marque Treilhard, sur l'affection présumée du défunt ; Chabot le répète au Tribunat (1) ; dans la présentation du titre des Donations et Testaments, Bigot-Préameneu y revient encore, et, avec une logique parfaite, en déduit la nécessité de reconnaître la liberté de tester : « Lorsque la loi, dit-il, ne doit suivre que les mouvements mêmes de la nature, lorsque pour la transmission des biens, c'est le cœur de chaque membre de la famille qu'elle doit consulter, on pourrait regarder comme indifférent que la transmission des biens se fît par la volonté de l'homme, ou que ce fût par l'autorité de la loi. Il est cependant, en partant de ces premières idées, un avantage certain à laisser agir jusqu'à un certain degré la volonté de l'homme (2) ».

Mais les législateurs de 1804 paraissent d'autre part adopter en ces matières la théorie ainsi énoncée par Montesquieu : « L'ordre des successions dépend des principes du droit politique et du droit civil », idée romaine celle-là aussi, mais du très ancien droit romain, survivance des temps où la famille était un groupement politique et où le testament se faisait *calatis comitiis*. Le tribun Chabot la reprend pour son compte dans le rapport qu'il présente sur le titre des Successions et affirme que la transmission des biens n'est pas de droit naturel, mais du droit civil » (3). Le 29 germinal an XI, Siméon y insiste encore et, définissant la succession « une institution civile », signale dans la loi le seul pouvoir capable de renouer « les liens qui te-

1. Fenet. XII. p. 167.
2. Fenet. XII. p. 511.
3. Fenet. XII. p. 162.

naient nos propriétés dans notre dépendance » et que la mort a rompus (1). Portalis et Tronchet se rallient également dans la discussion au Conseil d'Etat à cette manière de voir (2).

Avec une pareille disposition d'esprit, la théorie du droit absolu du père et celle du droit absolu du propriétaire pèsent peu de chose en présence de l'omnipotence reconnue à la loi ; c'est au droit positif à régler la matière des successions ; il n'y a pas de principe de droit naturel la dominant et s'imposant à elle.

Il est facile de voir quel usage on pouvait faire de ces principes, au moment de consacrer les conquêtes de la Révolution, et quelle tentation devaient avoir les tenants du droit nouveau de mettre la législation de l'héritage au service de la cause démocratique. Mais les esprits rassis et modérés de nos législateurs n'abusèrent pas des considérations politiques pour étayer ou justifier leur œuvre, et s'attachant à mettre d'abord en relief l'intérêt des familles et leur bonne organisation, ils s'efforcèrent de doser au mieux de ces intérêts le droit des enfants représenté par la réserve, et le droit du père de léguer librement la quotité disponible.

La confusion et le peu de clarté qui régnèrent dans les discussions préparatoires du titre des Donations et des Testaments ne permettent pas de saisir et d'affirmer d'une façon bien nette quelle fut la pensée du législateur à cet égard. Mais les textes eux-mêmes indiquent assez claire-

1. Fenet. XII. p. 218.
2. Fenet. XII. p. 257 et 258.

ment que la cause de la liberté de tester ne sortit pas triomphante du débat engagé.

La légitime, que les pays de droit écrit avaient empruntée au dernier état du droit de Justinien (1), frappait d'indisponibilité, au profit des enfants, la moitié de la succession quand ils étaient plus de quatre, le tiers seulement dans le cas contraire. Le législateur de 1804 augmente sensiblement cette part: elle n'est de la moitié de la succession que dans l'hypothèse d'un enfant unique ; elle s'élève aux deux tiers dès que les enfants sont deux, aux trois quarts quand ils sont plus de deux.

Pourquoi cette augmentation de la réserve, et quel rôle devait jouer entre les mains du père la quotité disponible ainsi réduite ? C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

Bigot-Préameneu, dans le rapport qu'il présenta le 30 nivôse an XI au Conseil d'Etat, définit en ces termes le fondement de la réserve : « Les père et mère qui ont donné l'existence naturelle ne doivent pas avoir la liberté de faire arbitrairement perdre, sous un rapport aussi essentiel, l'existence civile : et, si le père doit rester libre de conserver l'exercice de son droit de propriété, il doit aussi remplir les devoirs que la paternité lui a imposés envers ses enfants et envers la société (2) ». Il y a dans ces lignes la répudiation de l'individualisme outrancier de l'ancien droit romain ; le droit de propriété n'est plus considéré comme quelque chose de si absolu ; il subit les mêmes restrictions et les mêmes charges que la liberté générale de l'homme

1. Novelle 18. Cap. I.
2. Fenet. XII. p. 245.

dans la famille. Nous retrouvons là les principes qui ont inspiré la reconnaissance d'une dette alimentaire des parents envers leurs descendants. En mettant les enfants au monde les parents contractent des obligations multiples, obligations de les encourager et de les soutenir, qui s'étendent a toute leur activité, et qui, loin de se borner au temps où l'enfance a besoin de protection et d'action éducatrice, se perpétuent et se prolongent jusqu'à la mort. De même qu'une obligation naturelle incombe au père de doter ses enfants et de favoriser leur établissement, de même il est naturellement obligé de leur laisser à sa mort la plus grande partie de sa fortune, puisqu'aussi bien d'ailleurs, le réconfort des joies familiales, l'aide matérielle des enfants, la pensée de l'héritage n'auront pas été ordinairement étrangers à son activité économique et à l'acquisition de cette fortune.

Mais en adoptant ainsi comme base de la réserve le devoir de morale sociale incombant aux pères, le Code se rapproche de la légitime des pays de droit écrit fondé sur les mêmes considérations et s'écarte de la réserve coutumière fondée sur un motif d'organisation politique et sociale : la conservation des biens dans la famille. Et de fait, la réserve du Code Civil est limitée aux parents entre lesquels naissent ces obligations morales ; elle ne s'étend point comme la réserve coutumière aux collatéraux ; la réserve du Code, plus étendue quant aux biens, s'applique à tout le patrimoine et s'oppose aussi bien aux donations qu'aux legs dépouillant les enfants ; elle n'est pas réduite, comme la réserve coutumière, aux « propres » dont la législation assurait la conservation dans les familles.

Par contre, la loi ne s'occupant que de la fixation du chiffre de la quotité disponible, notre réserve actuelle se trouve être, comme dans la réserve coutumière, une part de succession collectivement laissée aux héritiers, et dont ceux-ci ne peuvent réclamer le bénéfice qu'en qualité d'héritiers. La réserve est un droit collectif dont les réservataires héritiers profitent dans la mesure de leurs droits successoraux, et non un droit individuel sur les biens du défunt comme l'était la légitime du droit écrit. Et dans ce caractère collectif reparaît, faiblement il est vrai, le désir de conserver la plus grande partie des biens dans la famille ; qu'un réservataire renonce à la succession et perde ainsi son droit à la réserve avec sa qualité d'héritier, la masse globale de la réserve n'en sera pas réduite, et, aux termes de la jurisprudence la plus récente, ce sont les autres réservataires acceptant qui bénéficieront de l'accroissement. Les devoirs des parents dans la transmission de l'héritage ne sont donc pas envisagés comme s'adressant à des individus isolés, mais au groupe de leurs enfants, et la fixité du taux de la réserve, quand on dépasse le chiffre de quatre enfants, en est encore une conséquence.

On ne pouvait du reste, sans inconvénients, réduire à l'excès la portion de biens dont les parents restaient libres de disposer, et à cet égard le Code marque une heureuse réaction contre les lois révolutionnaires des 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII. La première réduisait à un dixième la quotité disponible toutes les fois que la succession était dévolue à des descendants ; la seconde la faisait varier suivant le nombre des enfants, la quotité étant toujours d'une

part virile, sans pouvoir toutefois jamais dépasser le quart. En outre, la loi de nivôse pour assurer entre les enfants réservataires une égalité rigoureusement mathématique, interdisait d'user en faveur de l'un d'eux de la quotité disponible!

Le Code a donné un peu plus de champ et de latitude à la liberté testamentaire. Maleville, qui s'en était fait le défenseur dans les discussions préparatoires, invoquait en sa faveur un triple motif : le respect dû au droit de propriété, l'utilité qu'il y avait à ce que le père compensât par ses dispositions les inégalités naturelles ou fortuites qui pouvaient atteindre ses enfants, enfin l'appui que trouvait la puissance paternelle dans la faculté d'exhérédation partielle. Ces deux dernières raisons et celle surtout qui a trait à l'affermissement de la puissance paternelle ont été prépondérantes dans l'établissement d'une quotité dont le père pût avoir la libre disposition.

Dans la discussion au Conseil d'Etat, Berlier, Tronchet et Portalis, en écartant tous les trois l'idée que la liberté de tester fût de droit naturel et découlât comme une conséquence nécessaire du droit de propriété, admettent tous que « l'autorité paternelle a besoin de quelques moyens pour récompenser et punir ». Déjà il est vrai, et en dépit de l'importance que les législateurs de 1804 attachent à la puissance paternelle, une certaine répugnance à mettre entre les mains du père des armes matérielles, se manifeste chez eux. Maleville ne trouve point d'écho lorsque, avec quelque brutalité, il déclare prendre son parti des hypocrisies que la liberté testamentaire excitera chez les enfants

et qu'il affirme que « souvent l'apparence de la vertu a l'effet de la vertu même ». Et Portalis, encore qu'il admette la crainte comme procédé de gouvernement paternel se défend de chercher dans la liberté de tester un moyen entièrement pénal, et le présente surtout comme un moyen de récompense.

L'exhérédation testamentaire totale n'est plus permise. La loi se borne à la prononcer de plein droit dans trois cas, d'une réalisation assez rare, où il est dit qu'il y a indignité. Ce sont : les cas d'attentat à la vie du défunt, de plainte ou dénonciation calomnieuse contre lui, de non dénonciation de son meurtre.

D'ailleurs l'idée qu'une quotité disponible est nécessaire au point de vue économique, soit pour éviter le morcellement des héritages, soit pour confier au mieux des aptitudes de chacun les parts inégales en valeur et en nature de la succession paternelle, soit pour compenser l'état d'infériorité où se trouvent fortuitement placés quelques-uns des enfants, cette idée-là se fit jour dans les préoccupations des rédacteurs du Code ; et bien qu'elle n'ait pas été discutée à fond, bien que des affirmations et des constatations contradictoires aient été apportées pour soutenir cette thèse ou l'infirmer, on peut estimer qu'elle ne fut pas étrangère à la décision qui maintint aux parents la faculté de tester.

On peut suivre, dans quelques dispositions embarrassées de notre Code, l'hésitation de ses auteurs, ballottés entre le désir de ne pas porter atteinte au principe essentiel de l'égalité qui domine toute notre matière et celui de ne pas entraver la transmission intégrale des héritages fonciers. Sur cette transmission reposait, en effet, la constitution des

familles souches où l'un des héritiers succédant à la fonction du père héritait de toute la partie des biens nécessaire à la continuation de cette fonction, et Maleville et Portalis, descendant eux-mêmes de familles de ce type, et ayant expérimenté ce qu'une pareille organisation leur donnait de stabilité, s'en firent les défenseurs.

C'est pourquoi à côté de l'article 826, portant que « chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession, nous trouvons l'article 832 recommandant « d'éviter autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations ». Les articles 1075 et suivants permettent aux ascendants d'opérer eux-mêmes entre leurs enfants le partage de leur fortune d'une façon plus intelligente et plus avisée que par le système du tirage au sort usité dans les partages judiciaires ; — mais les articles 1048 et suivants, qui autorisent les substitutions destinées à préserver un bien de famille contre la prodigalité d'une génération, ne peuvent porter que sur la quotité disponible, et constituent, du fait de cette étroite réglementation, une garantie purement illusoire. Toutes les autres substitutions sont prohibées ; le caractère aristocratique qui s'attache à cette institution la condamne, elle disparaît au nom de l'égalité qu'elle offense. « Il n'est pas possible de concevoir, dit Bigot-Préameneu, que la famille entière doive être déshéritée pour enrichir l'un de ses membres, et que ce ne soit pas pour elle une cause de ruine et de dissension plutôt qu'un moyen de prospérité (1) ».

1. Fenet. XII. p. 277.

Dans ce coup d'œil d'ensemble sur le régime des successions en ligne descendante, nous voyons donc la place considérable tenue par le concept démocratique d'égalité. On a dit de ce système successoral que, par suite du compromis qu'il réalise entre l'individu et la famille, évitant de sacrifier l'un à l'autre et réciproquement, il s'était condamné à n'avoir point d'esprit propre. Il y a assurément du vrai dans cette opinion, mais il nous paraît plus exact de voir, malgré tout, une certaine unité dans le Code, et de la voir précisément dans le souci constant de ne pas sacrifier le principe d'égalité, qui domina et inspira les transactions opérées entre la conception romaine et la conception coutumière.

Pour la forme, c'est la simplicité du système romain, c'est la règle de l'unité du patrimoine qui prévaut ; mais elle prévaut parce que les anciennes distinctions se liaient à tout un système d'organisation politique et aristocratique. L'idée suspecte de copropriété familiale est abandonnée pour celle de l'affection présumée du défunt ; mais on se garde bien de déduire de ces principe des conséquences qui, si logiques qu'elles fussent, auraient présenté des dangers pour l'égalité des partages. La réserve est adoptée pour protéger les enfants, institution hybride, formée d'éléments empruntés les uns aux coutumes, les autres au droit écrit, mais du moins garantie sérieuse contre toute tentative de restauration d'un droit d'aînesse ou de privilèges de masculinité abolis. Quelques concessions sont faites à la cause de la conservation des biens familiaux, mais concessions à demi reprises sitôt lâchées, qu'une restriction immédiate, qu'une action en nullité rigoureuse flanquent et resserrent

étroitement, gardiennes vigilantes du partage égal. Le régime successoral du Code n'est, à proprement parler, ni individualiste à outrance, ni franchement communautaire, ni révolutionnaire ; il est démocratique avec modération, il ne découronne le père de son droit de tester, il ne dépouille les familles de leurs droits collectifs que dans la mesure strictement nécessaire à la conservation de la règle d'égalité préalablement atténuée et assouplie.

XIII. — *Critiques de nos lois successorales*

Malgré sa modération, ce système n'a pas échappé à de très vives critiques et chacun sait la vigueur avec laquelle Le Play et, après lui, presque toute l'école de la Réforme Sociale ont dénoncé comme attentatoire à l'autorité paternelle, à l'unité et la stabilité familiales le système du partage égal et forcé.

Se plaçant sur le terrain des faits, et prétendant pouvoir inférer des nombreuses études monographiques auxquelles il s'était livré, la preuve de l'heureuse influence exercée par la liberté de tester sur les peuples qui l'avaient adoptée dans leur législation, l'illustre sociologue demandait, non pas peut-être, comme on le lui a souvent fait dire, le rétablissement, en France de la liberté absolue de tester, mais une notable augmentation de la quotité disponible, et le droit pour le père de régler librement la composition des lots au mieux de l'intérêt familial. Il faisait remonter, en effet, à l'application de nos lois successorales la responsabilité de la plupart des phénomènes sociaux contemporains dé-

sorganisateurs de la famille, et, dans son livre de la *Réforme Sociale*, il imputait au partage égal l'impossibilité pour le fils de succéder au rôle économique et social du père, la dispersion des enfants et la destruction de toute solidarité entre eux, la stérilité des mariages et l'abaissement de la natalité, l'affaiblissement de l'autorité du chef de famille, la diminution de l'activité propre des enfants, enfin la funeste introduction dans les arrangements de famille des formes compliquées et des frais considérables de justice (1).

Laissons de côté celles de ces constatations qui se rattachent à l'économie sociale générale, telles que l'abaissement de la natalité, et la diminution de l'esprit d'initiative des enfants. Au surplus, il paraît bien invraisemblable que des phénomènes de ce genre ne procèdent pas de causes plus générales et plus complexes et soient le résultat d'un simple article de loi, d'où il faudrait conclure qu'un vote parlementaire l'abrogeant suffirait à nous en préserver.

Pour la natalité en particulier, il est certain que l'attribution de son fléchissement aux imperfections de nos lois successorales s'explique mal en présence du mouvement progressif des naissances qui a duré jusqu'en 1848 dans notre pays, sous l'empire cependant du Code civil, — et du fait que de 1880 à 1904 la diminution pour cent du taux corrigé de la natalité (2) fut plus forte d'un tiers (18 contre 12), en Angleterre, où le partage égal n'est pas en

1. La Réforme Sociale, p. 263-267.

2. Le taux corrigé de la natalité est calculé en tenant compte : 1° de la proportion des femmes de 15 à 45 ans dans la population totale ; 2° de la proportion parmi ces femmes, des femmes mariées ; 3° de leur âge. — Statistique de M. Arthur Newsholme.

vigueur, qu'en France ; et moitié moindre (6 contre 12) en Suède dont la législation consacre une réserve plus étendue que la nôtre.

Quant aux effets de la transmission intégrale du patrimoine sur l'industrie des cadets, obligés de se suffire, on peut se demander, si, avec nos mœurs et notre tempérament national, l'attente d'un éveil de ces énergies par la pauvreté, ne serait pas illusoire, et si l'on n'aurait pas plutôt à enregistrer « la perte et la ruine de ces pauvres cadets » comme les signalaient plusieurs jurisconsultes de l'Ancien Régime et notamment Buridan, le commentateur des coutumes du Vermandois (1).

Mais il est plus intéressant d'examiner les rapports de la règle du partage égal avec l'autorité paternelle et la stabilité de la famille. Ces deux points doivent, du reste, être soigneusement distingués, le premier ayant trait à un rouage essentiel de la famille, le second ne visant que les relations qui, dans la famille prolongée, enchaînent l'une à l'autre les générations successives.

XIV. — *La Liberté de tester et l'Autorité paternelle*

« L'autorité du père, — a écrit Le Play, — a été privée de la liberté testamentaire, c'est-à-dire de la sanction qui lui appartient chez tous les peuples civilisés. Depuis lors, le père est devant ses enfants dans la situation où serait devant ses sujets le souverain privé de tout moyen de réprimer la rébellion (2) ». Envisagée de ce point de vue,

1. Commentaire de la coutume de St-Quentin. Art. 39.
2. L'organisation du Travail, p. 194.

la liberté testamentaire, — il faut avoir le courage de le reconnaître, — n'est autre chose que la liberté d'exhéréder. Y a-t-il intérêt à remettre entre les mains du père ce droit d'exhérédation ? Nous ne le pensons pas.

On pourrait discuter longtemps, et de fait on ne s'en est pas privé, sur la question de savoir si les pères abuseraient ou non, dans notre société, du droit d'exhérédation. Les uns ont peut-être trop insisté sur le dévoûment, la dignité, la majesté du « père » ne considérant que la fonction, sans voir que la fonction étant remplie par la majorité des hommes, un père pouvait fréquemment apporter dans l'exercice de ses droits les passions et les imperfections qui atteignent tous les hommes ; les autres ont peut-être poussé trop au noir le tableau des faiblesses et des erreurs paternelles et conçu une trop grande méfiance à l'égard des motifs qui inspireraient le choix du père. Il vaut mieux, à notre avis, laissant de côté ces interminables et insolubles débats, envisager la question de plus haut.

L'autorité du père doit être une autorité avant tout morale. Comme le disait M. Paul Janet, dans une citation que nous avons notée au précédent chapitre, il doit s'imposer par son caractère, et c'est la fonction paternelle qu'on doit respecter en lui, non la force dont une loi l'aurait revêtu. L'obéissance des enfants doit être naturelle et désintéressée; et si, dans leurs premières années, quelques châtiments matériels peuvent faire partie de l'éducation qui leur est donnée, il serait extrêmement regrettable que, parvenus à l'âge de raison, ils eussent à envisager, dans les motifs du respect dû à l'autorité du père, l'échéance possible d'une

part de la succession, à son décès. On connaît la célèbre phrase de Robespierre : « Celui qui ne respecte son père que parce qu'il espère une plus forte part de succession, celui-là est bien près d'attendre avec impatience le moment de la recueillir ; celui-là est bien près de haïr son père ». Faisons, dans cette virulente apostrophe, la part de l'enflure et de l'exagération révolutionnaires, l'idée exprimée est vraie. C'est enlever quelque chose à la beauté et à la dignité de l'autorité paternelle que de remettre entre ses mains des armes de ce genre. M. Foucher de Careil le faisait remarquer avec raison dans la discussion qui eut lieu, en 1867, à la Société d'Economie sociale sur la liberté de tester : on confond par là le père avec le propriétaire, la paternité avec la souveraineté territoriale, et une pareille confusion n'est pas sans porter atteinte à l'autorité paternelle ainsi matérialisée.

Et ce qui était vrai en 1867 l'est bien plus encore aujourd'hui. Nous avons suivi en étudiant la législation de l'autorité paternelle l'évolution constante qui tend à l'adoucir, et à la faire sortir en quelque manière du domaine juridique pour la laisser dans le domaine purement moral et social. En examinant l'état des mœurs, on suivrait une évolution parallèle non moins remarquable, qui a dépouillé dans la majorité des familles l'exercice de l'autorité paternelle de ce qu'il pouvait avoir autrefois d'austère et de dur, qui a tendu dans les meilleures familles à donner à l'affection une part plus grande qu'au respect, qui s'est manifestée notamment, à des degrés différents suivant les classes de la société, par la disparition progres-

sive des châtiments corporels jadis si fréquemment usités. Il y a dans ces progrès une indication qu'on ne doit point négliger.

Que l'on rapproche ces constatations du présent des leçons du passé ; que l'on se rappelle au XVIII[e] siècle l'autorité paternelle faible et dégradée dans les classes nobiliaires qui usaient de l'exhérédation, forte et respectée au contraire chez les classes moyennes soumises au régime du partage égal, — et l'on hésitera peut-être à faire aux pères de familles sous le nom de liberté testamentaire ce dangereux cadeau que serait le droit d'exhéréder.

XV. — *La Liberté de tester et le morcellement des héritages*

Au reste Le Play lui-même a protesté contre ceux qui n'ont voulu voir dans son système que des préoccupations pénales et coercitives, et il a affirmé à plusieurs reprises que la liberté testamentaire valait beaucoup moins à ses yeux comme moyen de récompense et de punition, que par la possibilité d'une intelligente disposition de la fortune assurant la continuation de l'œuvre de la génération disparue par la génération qui lui succède.

Le morcellement des héritages occasionné par le partage forcé, en s'opposant a la constitution de ces familles-souches qu'il présentait comme le modèle de la société familiale, lui paraissait gros de conséquences désastreuses, — et Edmond About en présentait le tableau raccourci en une phrase d'une vigueur saisissante : « Le père fonde une industrie et meurt : tout est vendu et partagé, la maison ne

survit pas à son maître. Un fils a du courage et du talent : avec sa petite part du capital paternel il fonde une autre maison, réussit, devient presque riche et meurt. Nouveau partage, nouvelle destruction ; tout est à recommencer sur nouveaux frais. L'agriculture en souffre, le commerce en souffre, le bon sens en rougit. » (1) Notre Code Civil est ainsi, suivant l'expression énergique d'Alexandre de Brandt, « une machine à hacher le sol » — et c'est en vain que contre ce morcellement à outrance certaines populations rurales, notamment dans les Alpes, en Provence, dans les Pyrénées, en Bretagne, ont essayé de lutter ; les rigueurs de la loi ont déjoué leur patiente et habile résistance, et le partage égal a lentement mais sûrement triomphé.

Sans doute ce morcellement des héritages n'est pas sans avoir quelques heureux résultats, et si l'on voulait instituer sur ce point un débat d'économie sociale qui ne rentre pas dans le cadre de notre étude, il y aurait lieu de rechercher s'il n'a pas produit une répartition plus équitable de la fortune, si l'élévation du chiffre des propriétaires de 4.600.000 qu'ils étaient avant la Révolution à 8.500.000 qu'ils sont aujourd'hui, — si la mise en culture depuis un siècle de huit millions d'hectares de terres en friche, ne doivent pas lui être attribuées et lui créer quelque titre à notre reconnaissance. Il faudrait également se demander si l'on ne peut pas se reposer sur la loi économique énoncée par M. d'Avenel que « le morcellement des terres s'arrêtera toujours au point au delà duquel il deviendrait fu-

1. Le Progrès. p. 295.

neste »... Mais n'entrons pas dans le détail de considérations qui nous éloigneraient par trop de notre sujet, et, ces réserves faites, acceptons de considérer l'émiettement de la propriété familiale comme un fait regrettable et un inconvénient sérieux, et tenons-nous en aux constatations faites par l'école de la Réforme Sociale sur les troubles apportés dans bien des foyers par l'application de nos lois successorales.

Les critiques qui se dégagent de ces constatations ont été doubles : les unes portant sur les règles et la procédure des partages, — les autres sur le chiffre ou le principe même de la quotité disponible.

Les premières ont surtout visé les articles 826, 832 et 1079 du Code, c'est-à-dire les textes qui prescrivent de donner aux lots de chaque copartageant une composition à peu près semblable, et qui permettent de faire annuler les partages d'ascendants pour lésion de plus du quart. Sur ce point, plus encore que la loi écrite, les critiques atteignent l'interprétation rigoureuse qui en a été donnée par la jurisprudence. Et en effet, à l'inverse de ce qui se produisait sous l'Ancien Régime où jurisprudence et pratique favorisaient, plus que la loi, la concentration de la fortune entre les mains de l'aîné, — notre jurisprudence actuelle, poussant à l'extrême le principe d'égalité inscrit dans le Code, en est venue pratiquement à effacer ou à rendre illusoires les restrictions par lesquelles il maintenait au père de famille une certaine liberté dans l'attribution des biens.

Ainsi, corrigeant la rigueur de l'article 836 qui donnait, comme nous l'avons vu, le droit à chaque cohéritier de demander sa part en nature des meubles et immeubles de la

succession, l'article 832 posait une règle suivie d'une exception : la règle ordonnait d'éviter le morcellement et la division des héritages, l'exception rappelait le droit des copartageants énoncé par l'article 826. La jurisprudence, appliquant l'article 832 au rebours de l'esprit dans lequel il avait été conçu, a fait de l'exception la règle générale et a réduit la règle au rang d'exception. Et lorsque le père dans l'intérêt de la continuation de son œuvre, remet à l'un de ses enfants son ou ses immeubles à la charge pour lui de payer des soultes en argent à ses frères ou sœurs, cette disposition est déclarée nulle. La jurisprudence s'attache à faire respecter une égalité étroitement littérale, sans voir qu'elle viole par là l'égalité véritable qui eût été fortifiée si chaque héritier avait eu sa part sous la forme la plus opportune et la plus conforme à l'intérêt général de la famille.

L'article 827 ordonne la vente par licitation des immeubles « qui ne peuvent se partager commodément ». La jurisprudence a adopté une interprétation fâcheusement restrictive de ces termes, et les a pris trop souvent dans le sens d'impossibilité presque matérielle, appliquant ainsi fréquemment la règle du partage en nature à des immeubles partageables sans doute, mais dont le partage ruine la valeur économique, alors qu'une licitation l'eût sauvée en conservant leur unité.

Non contente d'apporter une pareille sévérité dans la procédure du partage, la jurisprudence en a fait l'application aux partages d'ascendants. Il est cependant bien certain, et les travaux préparatoires l'établissent avec évidence, que la faculté accordée au père de famille par les articles

1075 et suivants avait précisément pour but de neutraliser et de limiter les fâcheux effets de la règle du partage égal : « C'est ainsi, disait Bigot-Préameneu, que le père de famille peut éviter des démembrements, conserver à l'un de ses enfants l'habitation qui pourra continuer d'être l'asile commun, réparer les inégalités naturelles ou accidentelles ; en un mot, c'est dans l'acte de partage qu'il pourra le mieux combiner, et en même temps réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants (1) ».

Méconnaissant cette intention formellement exprimée par le législateur de laisser au père de famille, dans les limites de la réserve, une certaine latitude pour effectuer le partage lui-même, la jurisprudence a transporté dans la matière des partages d'ascendants son interprétation étroite des articles 826, 827 et 832. Elle l'a aggravée encore par l'extension considérable qu'elle a donnée à l'article 1079 réglementant l'action en nullité qui peut être dirigée contre ces partages. La Cour de Cassation, en effet, a décidé, à plusieurs reprises que, pour apprécier la valeur de la succession et par conséquent l'observation de la règle de la réserve, il fallait se placer au moment du décès de l'ascendant ; il en est résulté que, longtemps après ce partage opéré et la prise de possession par les héritiers de leurs lots respectifs, tout pouvait être remis en question par suite de la moindre erreur d'appréciation du père et qu'il devait s'ensuivre un bouleversement dont, ni l'insertion par le père d'une clause pénale dans l'acte de partage, ni une

1. Fenet. XII. p. 567.

renonciation anticipée du vivant de l'ascendant donateur, ni même l'offre par l'enfant avantagé d'offrir un supplément en numéraire, ne pouvaient protéger la famille.

Avec une réglementation aussi étroite, les partages d'ascendants devenus de véritables nids à procès, pleins de dangers pour ceux qui en usent, tendent à disparaître de la pratique, et avec eux disparaît une des atténuations apportées par le Code, dans l'intérêt des familles, à la règle trop brutalement uniforme de l'égalité des partages.

Aussi la presque unanimité de la doctrine s'élève aujourd'hui contre les errements jurisprudentiels ; les luttes ardentes d'autrefois pour ou contre la liberté de tester se sont quelque peu apaisées, et une opinion moyenne s'est formée, nettement défavorable aux restrictions apportées par les dispositions embarrassées du Code et l'interprétation draconienne de la justice à la liberté du père dans la composition des lots du partage.

Une réforme législative s'impose donc, d'une part pour permettre au père dans son testament et dans ses partages entre-vifs, et aux tribunaux dans les successions *ab intestat*, de composer les lots de biens de nature différente, — d'autre part, pour donner aux partages d'ascendants une stabilité et une sécurité plus grandes en prescrivant que la lésion alléguée pour faire annuler ces partages sera appréciée uniquement d'après l'estimation de biens faite au moment de l'acte, et ne pourra être invoquée que dans un bref délai de quelques années. Enfin une disposition qui accorderait à l'héritier auquel est dévolue la succession immobilière des termes sagement restreints pour s'acquitter des

soultes en argent dont il est tenu envers ses frères et sœurs, complèterait heureusement la réforme de nos lois successorales. En 1870, le gouvernement impérial avait pris l'initiative d'un projet de modification des articles 826, 832, 1079 dans le sens que nous indiquons. Le 17 juin 1871, l'Assemblée Nationale prenait en considération la proposition de M. Lucien Brun qui avait le même objet. Mais ce vote resta platonique et la proposition Lucien Brun, reprise en 1887 par M. de Mun, n'a pas encore reçu du Parlement la consécration attendue.

La réforme proposée est cependant urgente ; elle ne touche pas au principe de la réserve ; elle concilie heureusement et la règle d'égalité des partages et la cause de la conservation intégrale des petits héritages familiaux, que les législateurs de 1804 s'étaient préoccupés, avec plus de bonne volonté que de succès, de ne pas compromettre.

XVI. — *Justification des principes de nos lois successorales*

Bien des auteurs ne s'en tiennent pas là et demandent que l'on renverse « la théorie fondamentale du Code qui ne tolère qu'à titre exceptionnel les dispositions du père, et investit directement au nom de l'Etat les enfants de la succession paternelle ». Ils demandent au contraire à nos lois de « proclamer que le père est le législateur naturel de sa famille, et de sanctionner toutes les dispositions qu'il édictera, tous les arrangements qu'il prendra avec ses enfants, pourvu que ceux-ci soient remplis de leur créance alimentaire, seule raison plausible du maintien d'une légiti-

me (1) ». Nous estimons à leur encontre qu'une réforme aussi radicale, rejetant le point de vue coutumier admis par notre Code pour adopter le point de vue testamentaire du droit romain, n'est, en l'état de notre civilisation et de nos mœurs, ni possible ni souhaitable.

Que l'on plaide en effet la cause de la transmission intégrale des petits héritages, dans la mesure où cette transmission n'empiète pas sur la réserve des enfants, et que l'on réclame l'assouplissement de notre loi successorale à cet égard, nous y souscrivons pleinement ; mais que l'on demande la substitution à notre régime égalitaire d'un système fondé sur une inégalité radicale au bénéfice de l'un des enfants et au détriment des autres, nous ne saurions l'admettre.

La constitution même du pays y répugne. Toutes nos institutions politiques, toutes nos lois sont basées sur le sentiment de l'égalité ; l'évolution des institutions économiques s'accomplit dans le même sens et tend à restreindre la liberté au profit de l'égalité ; les vieilles doctrines du libéralisme économique cèdent sous la poussée démocratique. Nos mœurs se sont peu à peu imprégnées de ce sentiment égalitaire et les résistances que nous signalions tout à l'heure au partage égal ne se font presque plus sentir ; l'opinion publique ne réagit guère à l'heure actuelle que contre l'excessive rigidité de la réglementation du partage. Fort peu de parents usent de la quotité dont la loi permet la libre disposition. Ainsi notre tempérament national, et nos

1. Claudio Jannet. Le Code Civil et les Réformes indispensables à la liberté des familles, p. 44.

mœurs elles-mêmes protesteraient contre l'abolition d'un système qu'ils ont accepté : de par l'évolution accomplie « la loi du partage égal est la chair et le sang de la France (1) ».

L'introduction de la liberté testamentaire dans notre France contemporaine risquerait dès lors d'être inutile ou dangereuse, inutile en se heurtant aux nouvelles coutumes égalitaires adoptées par les familles ; dangereuse, car les cadets, — et nous désignons par ce terme tous ceux qui dans la famille souche, ne sont pas l'héritier associé, — supporteraient malaisément la faveur faite à ce dernier, quelles que soient les charges qui en sont d'ailleurs la contre-partie, et l'on aurait ainsi fait naître dans la famille des discordes dont la perspective fera toujours reculer un bon chef de famille, plus soucieux de maintenir parmi les siens une communauté morale qu'une unité économique.

D'autre part, réduire la réserve des descendants à une simple créance alimentaire nous paraîtrait une injustice. Sans doute le système actuel de production des richesses et de formation des fortunes ne permet pas de considérer qu'il y ait, dans toute la rigueur du terme, une copropriété familiale, base du droit des enfants à la succession paternelle. Mais il est à remarquer que de plus en plus l'on tend, et à juste raison, à affirmer le caractère social du droit de propriété, à mettre en relief les devoirs des parents. On n'accepterait plus aujourd'hui l'opinion de Stuart Mill estimant que « créer aux enfants un droit héréditaire supérieur à la volonté de leur père, c'est sacrifier le droit de propriété à un droit imaginaire » (2).

1. L. de Lavergne. Revue des deux Mondes. 1er février 1856.
2. Principles of political économy. t. II. ch. II. § 4.

Au contraire, il faut reconnaître aux obligations du père vis-à-vis de ses enfants une étendue plus considérable, et une portée plus grande que celle qu'on s'est habitué à leur donner. Nous avons déjà dit qu'en mettant leurs enfants au monde, les parents ne contractaient pas seulement l'étroite obligation de leur donner le morceau de pain de chaque jour, mais celle de les élever à leur niveau social, de les faire participer à la vie la plus haute, la meilleure que leurs moyens pourront leur assurer. Nous avons déjà tiré de cette idée des conséquences importantes sur le genre d'éducation à donner aux enfants, sur le concours que devait prêter la famille à leur établissement ; il faut en déduire encore le principe de la réserve. Et en fixant le chiffre de la réserve il convient peut-être de ne pas arrêter seulement son regard sur la génération présente, mais encore d'envisager la répercussion de cette transmission de biens sur les générations futures qui seront appelées à les recueillir. Ainsi envisagée la réserve apparaît comme le paiement par les parents de la dette contractée par eux envers toute la suite de leurs descendants, au jour de la génération, et l'on ne saurait s'étonner qu'à l'acquittement d'une obligation de ce genre la loi fasse la part la plus large dans les successions.

Ne bouleversons donc pas l'économie de notre système successoral, et après avoir accompli les réformes nécessaires dans la réglementation et la procédure des partages, conservons les principes de réserve et de partage égal, mieux adaptés à notre état social ; sans doute ces principes contrarieront parfois la constitution de ces familles-souches

quasi patriarcales dont les siècles passés nous montrent de si édifiants exemples ; mais sachons prendre notre parti des conditions nouvelles qu'imposent à l'organisation de la famille, non pas seulement nos lois successorales, mais toute l'évolution économique. La famille-souche disparaît, il est vrai ; mais les progrès de l'industrie, la concentration urbaine, la fièvre de la concurrence, les mœurs enfin, en sont, beaucoup plus que le Code, responsables, et nous croyons tout à fait illusoire l'espoir de ceux qui attendent d'une réforme juridique, accomplie à rebours de l'évolution actuelle, la résurrection d'un type familial dont la civilisation d'hier avait permis la constitution.

XVII. — *La dernière évolution de nos lois successorales*

Est-ce à dire que notre législation successorale est destinée à rester figée dans une immobilité solennelle et condamnée à ne plus évoluer ? Au contraire ! En ces quinze dernières années, diverses lois ont été votées dont l'importance est capitale, non pas tant à cause des modifications pratiques qu'elles introduisent dans l'ordre des successions que parce qu'elles portent atteinte à des principes fondamentaux de cet ordre.

Les lois des 30 novembre 1894 et 12 avril 1906 sur les habitations à bon marché établissent, pour les maisons ouvrières dont la valeur locative ne dépasse pas un taux variant de 140 francs à 550 francs suivant les localités, un régime spécial qui a pour but la conservation de la maison dans la famille. A la demande du conjoint survivant copropriétaire ou des descendants, l'indivision peut être prolon-

gée au-delà des délais prescrits par le Code ; — chacun des héritiers peut reprendre la maison sur estimation, et s'il y a plusieurs compétiteurs la volonté du défunt, à défaut le vote des intéressés, ou même le tirage au sort, désigne celui auquel la transmission intégrale doit avoir lieu. D'autre part le projet de loi de l'abbé Lemire sur le Bien de famille voté le 13 avril 1906 à la Chambre des Députés, permettant à chaque chef de famille de constituer en bien insaisissable une terre ou une maison d'une valeur inférieure à 8.000 francs, prévoit également, au cas du décès du constituant, l'indivision forcée entre enfants jusqu'à la majorité du plus jeune.

Il faut remarquer dans ces textes une notable réaction contre le partage forcé ; mais ce qui est surtout intéressant, c'est de constater que cette réaction n'a lieu que pour certains biens, et qu'ainsi le fameux principe de l'unité du patrimoine commence à être battu en brèche. Le privilège en vue de la conservation des biens dans la famille renaît, — mais il renaît pour rétablir l'égalité sociale, pour protéger la famille ouvrière de la misère, et compenser l'infériorité où la place la lutte économique. On sacrifie l'égalité littérale pour mieux assurer l'égalité réelle.

D'autre part c'est un privilège dont la loi elle-même établit les conditions, qu'elle ne laisse pas aux parents le soin de règlementer. Ainsi ni le principe démocratique d'égalité, ni le principe coutumier de la prédominance de la succession *ab intestat* sur la succession testamentaire, ne souffrent de cette évolution nouvelle. C'est seulement une conception du droit plus souple, moins abstraite, plus exactement

modelée sur la complexité des lois économiques, qui brise le dogme révolutionnaire de l'unité du patrimoine. La diversité des règles tend à se substituer à la loi rigide et unique des successions. Le précédent ainsi posé est trop fécond en conséquences de toutes sortes pour qu'il ne vaille pas la peine d'être signalé.

XVIII. — *Les droits successoraux des père et mère*

Nous avons supposé dans toute cette étude le prédécès des parents, et la dévolution de la succession aux descendants. L'hypothèse inverse est loin de présenter, au sujet de l'organisation de la famille, le même intérêt et nous pouvons nous contenter ici d'un simple rappel des règles du Code. Qu'un enfant meure, et un ordre mixte d'héritiers, celui formé par les membres de la famille *stricto sensu*, père, mère, frères et sœurs, sera appelé à la succession, ainsi que les enfants des frères et sœurs par le jeu de la représentation ; les parents ont droit à un quart chacun de la succession, les frères et sœurs recueillent le reste.

A ne considérer que la gravité et le caractère des devoirs nés à la charge des enfants, l'intimité des rapports noués dans la famille, il semble bien que les père et mère auraient dû être appelés seuls à l'exclusion de tous autres. La solution adoptée est cependant très justifiable : dans la famille en effet les dévoûments, les soins, les peines, descendent plus qu'ils ne remontent, et depuis l'avènement du Christianisme tout l'effort du groupe familial est tendu vers l'avenir, vers les générations qui montent à la vie. Il fallait,

pour tenir compte de cette loi, ne pas faire remonter aux parents l'intégralité d'une fortune, destinée à redescendre entre les mains de leurs enfants, et consacrer d'ailleurs par une disposition juridique les obligations d'entr'aide fraternelle qui naissent entre enfants du même sang. Toutefois, si cette dérogation aux droits des père et mère peut être admise, on s'explique mal que le respect des droits de chaque ligne familiale ait conduit notre loi à faire concourir, avec des collatérau même très éloignésx, le père ou la mère, lorsqu'un seul des deux survit dans la famille *stricto sensu* après le décès de l'enfant. L'usufruit du tiers de la portion dévolue aux collatéraux, qui lui est alors reconnu par la loi, ne corrige qu'imparfaitement cette regrettable anomalie.

D'autre part, le Code attribue aux père et mère, ainsi du reste qu'aux autres ascendants, une réserve importante, puisqu'elle est précisément égale à leur part héréditaire dans la succession *ab intestat*. Quant aux frères et sœurs, ils ne sont pas réservataires. La distinction s'explique si l'on songe que la réserve est la sanction de devoirs particulièrement impérieux ; les obligations de reconnaissance contractées envers les parents par les enfants la justifient parfaitement. Entre frères et sœurs, au contraire, il existe des devoirs réciproques, que nous avons regretté de ne pas voir sanctionner par une dette alimentaire, mais qu'il serait exagéré de pousser jusqu'à l'établissement d'une réserve : il n'y a entre eux ni la responsabilité assumée par les parents qui mettent un enfant au monde, ni l'obligation de l'enfant qui a reçu de ses auteurs la vie, l'éducation et l'entretien.

XIX. — *Le droit du conjoint survivant*

Nous venons de blâmer cette conception trop communautaire du droit de succession qui, insoucieuse de l'affection présumée du défunt, fait concourir le père ou la mère avec des collatéraux ordinaires. Avant 1891, on pouvait invoquer contre elle un grief autrement sérieux : celui d'avoir fait placer le conjoint survivant au dernier rang dans l'ordre successoral, après tous les collatéraux.

Le motif invoqué au cours des travaux préparatoires pour justifier cette défaveur fut que la succession était basée sur la parenté seule et que, la parenté résultant des liens du sang, le conjoint ne pouvait y être compris : « Le conjoint survivant, — disait Siméon au Corps Législatif, — quelque étroit que fût le lien qui l'unissait avec le défunt, appartient à une famille étrangère ». (1) Etrange conception, en vérité, que cette matérialisation des relations de famille qui ne s'attache qu'aux caractères anthropologiques, et qui refuse de faire place à l'union des âmes et des vies, si intime et si profonde soit-elle ! L'intention présumée du défunt se trouvait par là aussi complètement méconnue qu'elle pouvait l'être, — d'autant plus que l'article 767, en faisant du conjoint survivant un successeur irrégulier, lui infligeait une situation pire que dans l'ancien droit. Avant la Révolution, en effet, divers avantages connus dans les coutumes sous le titre de « gains de survie » et de « douaire », — dans les pays de droit écrit sous celui de « quarte du conjoint pau-

1. Fenet. XII. p. 232.

vre », tempéraient le refus au conjoint d'une part dans la succession de l'époux prédécédé. Avec le Code, le conjoint, privé de tous ces avantages, pouvait passer subitement d'une existence aisée, peut-être opulente, à la misère et au dénûment le plus complet. C'est à peine si quelques articles dispersés çà et là dans le titre du Contrat de Mariage (1), lui accordaient les frais de son deuil, le droit de retirer ses linges et hardes, l'habitation et l'entretien pendant une année !

Une lacune aussi grave ne pouvait manquer de provoquer les protestations et les critiques. On fit remarquer, avec raison, qu'il était antisocial au premier chef de sacrifier les droits nés de l'union sainte du mariage à je ne sais quelle aveugle logique des liens du sang, de méconnaître et les obligations réciproques qui naissaient d'une vie de collaboration dévouée et les responsabilités que les époux assumaient l'un envers l'autre par leur libre choix. Après avoir reconnu et sanctionné les droits successoraux de la famille prolongée — et d'une famille prolongée jusqu'au douzième degré, — il était de toute nécessité que l'on reconnût la prolongation après la mort de quelques-uns des effets de l'union conjugale, que l'on assurât une continuation posthume du devoir d'assistance, de la dette alimentaire.

La loi du 14 juillet 1866 marqua une première réaction contre cet état de chose, en accordant aux veuves de littérateurs et d'artistes l'usufruit des droits d'auteurs du défunt. La réforme n'atteignait sans doute qu'une catégorie bien restreinte de personnes, mais un principe intéressant

1. Art. 1465, 1481, 1492, 1566, 1570 C.

y était posé : dans le droit à cet usufruit, le conjoint primait tous les héritiers. Une catégorie plus restreinte encore bénéficia des dispositions de la loi du 25 mars 1873 et du décret du 31 août 1878, assurant certains droits d'usufruit aux veuves des condamnés à la déportation ou à la transportation.

C'est le 9 mars 1891 qu'une modification de l'article 767 apporta aux droits du conjoint survivant une amélioration d'une portée générale. Désormais le conjoint survivant a, en toute hypothèse, un droit d'usufruit du quart de la succession quand il y a des enfants, de la moitié dans les autres cas. Ainsi le principe de la division des biens entre les lignes familiales ne subit pas d'atteinte sérieuse ; le droit successoral du conjoint n'amène pas un déplacement définitif de la fortune ; il se borne à assurer au conjoint le bénéfice d'une partie de l'aisance dont il jouissait dans la société conjugale. Théoriquement il se concilie heureusement avec ce fait que l'affection de l'époux décédé est, en général, toute personnelle à son conjoint, et que le mariage ne crée point entre ses alliés et lui des liens aussi étroits que ceux de la parenté du sang.

Ces progrès de la législation tendent ainsi à faire prédominer les affections naturelles sur les droits des groupes et des collectivités ; ils tiennent compte davantage de la réalité des liens familiaux, un peu moins des indications assez artificielles des arbres généalogiques. Ils marquent, en somme, une réaction contre l'extension exagérée de la parenté, réaction opérée en faveur de la famille *stricto sensu*, et, pour ainsi dire, au profit du prolongement de celle-ci

dans le temps, au détriment de son prolongement dans l'espace. L'évolution se poursuivra encore très probablement dans ce sens ; nous souhaitons que, dans un avenir prochain, elle affermisse définitivement les droits successoraux du conjoint survivant par l'établissement d'une réserve. Les devoirs nés de l'union conjugale nous paraissent assez forts pour produire les mêmes effets que ceux nés de la génération à la charge des parents, de la filiation à la charge des enfants. Ainsi la réserve apparaîtrait comme le lien cimentant l'union de la famille *stricto sensu* et la sanction des obligations étroites qui en sont la caractéristique, en même temps qu'elles en précisent les contours.

CONCLUSION

Que conclure de cette étude ?

D'abord qu'il est difficile de porter un jugement d'ensemble sur la législation familiale du Code.

Partout nous avons rencontré l'esprit de transaction, procédant par un éclectisme timide plus volontiers que par la franche adoption d'un principe logiquement suivi dans toutes ses conséquences. Cependant, en allant au fond des choses, il semble bien que le droit coutumier l'emporte et forme le *substratum* de cette législation bigarrée et indécise.

C'est lui qui inspire l'établissement de l'autorité maritale, c'est lui qui détermine l'adoption du régime de communauté comme régime légal, c'est lui qui dicte les limitations de la puissance paternelle, c'est encore lui qui triomphe avec la réserve, les restrictions de la liberté testamentaire, le principe de la fente. Le droit romain, qui prendra sa revanche dans la théorie des contrats, n'apparaît en notre matière que comme un correctif : ici il fortifie les pouvoirs du père sur la personne des enfants : là il fait reculer les privilèges communautaires devant les droits de l'affection présumée du défunt. D'une manière générale il taille dans la législation trop touffue des coutumes, il simplifie, ordonne, clarifie,

réduit à l'unité. Il informe l'œuvre du Code, il n'en constitue pas le fond.

Coutumière ou romaine, la législation de 1804 subit l'influence du droit intermédiaire. Elle marqua il est vrai une réaction contre ses excès ; plus que lui elle respecte l'autorité familiale ; elle remonte parfois même sur ce point au-delà des errements de l'ancien droit. Mais elle emprunte aux principes révolutionnaires une tendance générale à l'individualisme, et à cet égard elle rentre dans l'ordre de l'évolution dont notre premier chapitre esquissait les grands traits.

La famille sort du Code plus restreinte qu'elle ne l'était en 1789 ; les droits des familles et des parentages pris en tant qu'êtres collectifs sont traités en suspects comme entachés de tendances aristocratiques ; la loi successorale brise ou réduit les prétentions communautaires. Un relâchement des liens de famille s'ensuit, assez accusé dans la famille *lato sensu*, atteignant même dans la famille proprement dite l'indissolubilité du lien conjugal. Le courant démocratique impose ses tendances égalitaires, insinue ses tendances à la liberté, ces dernières trop brutalement réprimées dans l'autorité paternelle et l'autorité maritale, trop légèrement admises dans le mariage. Le Code, dans son essai de modération, fut insuffisamment énergique ici, excessif là.

L'évolution juridique au cours du XIX^e^ siècle va développer ces tendances individualistes, adoucir l'autorité trop rude, protéger contre l'arbitraire possible les droits des femmes et des enfants. Le développement du divorce rend plus libres les époux dans le mariage ; l'affaiblissement de

l'autorité maritale libère la femme ; la limitation de la puissance paternelle libère les enfants, partiellement dans la famille *stricto sensu*, entièrement bientôt dans la famille prolongée ; le régime successoral rigoureusement interprété fait prédominer les droits de l'individu sur ceux de la famille.

Peut-on approuver ou condamner en bloc cette évolution individualiste ? Nous ne le pensons pas, et des distinctions nous paraissent nécessaires.

La tendance individualiste, en effet, en tant qu'elle s'oppose à la tendance communautaire, qu'elle s'efforce d'une part de réduire les droits des collectivités au profit des droits de l'individu, qu'elle vise d'autre part à restreindre dans la société l'étendue et l'importance de ces groupements, n'aboutit point forcément à l'individualisme radical.

Cet individualisme radical est celui qui se caractérise par une exagération des droits de l'individu, et s'exprime par le despotisme ou l'anarchie ; nous l'avons critiqué au cours de cette étude en l'opposant aux conceptions sociales du mariage, des rapports entre époux, de l'autorité paternelle. Mais ce n'est point à dire que l'évolution individualiste, au point où nous la voyons parvenue aujourd'hui, soit inconciliable avec une organisation vraiment sociale de la famille.

Une bonne législation familiale, à notre avis, doit remplir une double condition ; développer le plus possible les devoirs dont l'accomplissement est nécessaire pour atteindre, au mépris des égoïsmes individuels, le but social de la famille ; — et quant aux droits des individus, restreindre les droits des plus forts autant que faire se peut sans

gêner l'accomplissement de leurs devoirs, garantir les droits des plus faibles autant qu'il est utile pour éviter les abus commis à leur préjudice.

Ces deux conditions nous semblent suffisamment remplies par notre législation actuelle en ce qui concerne l'organisation de la discipline familiale, pour que nous puissions porter sur l'évolution d'où elle est sortie un jugement favorable. Nous avons déjà loué cet adoucissement de la puissance paternelle qui, dans les droits que reconnaît la loi aux parents sur la personne et sur les biens des enfants, et sur leur propre fortune, ne laisse subsister à leur profit que le minimum nécessaire pour mener à bien la tâche de dévoûment entreprise lors de la fondation de la famille. Nous avons noté de même avec faveur les symptômes qui permettent d'espérer une évolution analogue dépouillant la « loi de l'homme » de ce qu'elle peut avoir encore d'excessif et d'injustement arbitraire. Nous avons applaudi à la réforme qui, consacrant le droit des conjoints survivants, a ajouté à leurs devoirs respectifs celui de la continuation d'une assistance posthume. Nous avons enfin salué avec joie le mouvement féministe qui réclame pour la mère la pleine liberté de remplir ses devoirs maternels, sans pouvoir en être empêchée par le mari.

Mais il y a dans le Code un vice capital à dénoncer : c'est l'introduction du divorce dans la législation du mariage. Sans doute ce n'est, ici encore, que le résultat de la tendance individualiste, mais au lieu de l'individualisme protégeant les faibles contre les excès de pouvoir, c'est l'individualisme lâchant la bride aux puissances égoïstes des individus en

révolte contre leurs devoirs. La famille tout entière repose sur l'acceptation de sacrifices consentis par un couple en vue d'une œuvre commune ; la première condition de cette acceptation, c'était l'unité du couple, l'unité dans l'indissolubilité. Il fallait d'abord que les époux fissent, l'un envers l'autre, le sacrifice de leur liberté, pour pouvoir faire ensemble le sacrifice de leur vie à l'éducation de leur progéniture. En méconnaissant cette loi essentielle, le Code a introduit dans la famille un funeste principe de désorganisation ; il mérite à cet égard une énergique et sévère condamnation.

Que peut-on augurer pour l'avenir de la famille des tendances législatives actuelles ? Deux courants s'opposent, dont l'un individualiste à outrance semble dominer actuellement et paraît devoir inspirer la réforme projetée de notre législation familiale, — et dont l'autre, à peine dessiné, marquant au contraire une réaction sociale contre les exagérations individualistes, pourrait bien être, après une éclipse provisoire, le courant de l'avenir.

Par l'extension du divorce et l'évolution vers l'Union libre, une nouvelle désagrégation de la famille par la loi se prépare ; — par l'accroissement des droits de l'Etat en matière d'éducation une atteinte des plus graves à la liberté des familles est à prévoir. Après ces deux réformes, d'autres, dont la menace est plus lointaine, peuvent être réalisées contre l'autorité maritale et contre l'autorité paternelle dans l'espoir de les ruiner l'une et l'autre. Nous n'hésitons pas à dire toutefois que ces dernières, fussent-elles proches, nous effraieraient beaucoup moins. Les lois, en effet, ne

créent pas l'autorité : elles mettent seulement la force du droit positif à son service ; l'autorité méritée par celui qui l'exerce, reconnue par celui qui l'accepte, peut se passer de l'aide de la force, et continue à subsister lorsque la loi lui retire cette aide. Or s'il est une autorité dans l'acceptation de laquelle la force et le prestige de la loi aient peu de part, c'est bien cette double autorité chargée d'assurer la discipline dans la famille : autorité maritale, autorité paternelle.

Au contraire, dans la négation par la loi de l'indissolubilité du lien conjugal, dans l'abolition de toutes les « *capitis deminutio* » qui accompagnaient et qui accompagnent encore l'union irrégulière, il y a une prime offerte à l'infidélité conjugale, une tentation à s'évader du mariage au prix d'une destruction du foyer. Dans la mainmise exclusive de l'Etat sur l'enseignement, il y a l'enlèvement brutal à la famille d'une de ses fonctions essentielles, une réduction arbitraire et abusive du rôle qu'elle est appelée à jouer dans la société. Ces deux réformes aboutiraient donc, à n'en pas douter, à désorganiser la famille en la frappant d'instabilité et de stérilité morale.

Une semblable évolution serait-elle définitive ? Faut-il supposer, avec Létourneau, que la famille doit « se désagréger encore et en fin de compte ne plus subsister que dans la généalogie », tandis que « de l'émiettement de la famille résultera la reconstitution d'une plus grande unité collective ? » (1) Peut-on espérer, au contraire, avec Spencer, qu'une « réintégration de la famille suivra la désintégration exagérée

1. L'évolution du mariage et de la famille, p. 443.

d'à présent » ? (1) Nous préférons nous rallier à cette dernière hypothèse. La famille est une nécessité sociale trop évidente pour qu'on puisse demeurer longtemps sans réagir dans un état qui serait caractérisé par son émiettement et sa disparition. Déjà les sollicitudes législatives que des lois récentes ont manifestées envers la famille ouvrière semblent indiquer que lentement l'opinion publique sort de son indifférence à l'égard des phénomènes qui portent atteinte à son unité et à sa stabilité, que l'importance du rôle de la famille est mieux apprécié et mieux compris. Ce sont des symptômes qui permettent d'espérer, dans un avenir plus ou moins lointain, une réorganisation de la constitution et de la vie familiales.

Mais pour un réveil de ce genre, la seule force des lois ne saurait suffire; la bonne volonté du législateur et du juriste resterait impuissante sans un concours des forces morales et religieuses.

1. Principes de Sociologie. t. II. p. 418.

Vu, le 3 mars 1907.
Le professeur, président de la thèse
EDOUARD JOURDAN.

Vu : et permis d'imprimer,
Aix, le 4 mars 1907.
Le Recteur de l'Académie
BELIN.

Vu : le Doyen,
G. BRY.

Composé et tiré par des ouvriers syndiqués.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Bibliographie v
Introduction xi
Chapitre I. — *Les sources de notre Législation familiale* 1
I. La famille primitive 1
II. La famille dans l'ancien Droit romain 6
III. Evolution de la législation familiale romaine 11
IV. La famille germaine 13
V. La famille et le Christianisme 18
VI. La famille dans l'ancien Droit français 24
VII. La famille dans le Droit intermédiaire 30
Chapitre II. — *Le Lien conjugal* 37
I. Importance et notion du mariage 37
II. Conception individualiste et Conception sociale .. 39
III. Nature juridique du mariage 42
IV. Hésitations du législateur de 1804 sur la nature du mariage 50
V. Indissolubilité et divorce 53
VI. Le divorce dans notre législation civile 57
VII. L'application de la loi du divorce 65
VIII. La Réforme du mariage et l'union libre 77
Chapitre III. — *Les Rapports entre époux* 87
I. Les devoirs réciproques des époux 88
II. Le devoir de cohabitation 91
III. Le devoir de Fidélité 95
IV. Les devoirs d'assistance et de secours 101

V. Caractère de l'autorité maritale dans le Code. . . 103
VI. Les Critiques de l'autorité maritale. 109
VII. Le Fondement de l'autorité maritale. 111
VIII. Les Conséquences législatives de l'autorité maritale 115
IX. La Réforme de l'autorité maritale 120
X. Principes directeurs du Régime matrimonial des biens. 122
XI. Caractères du Régime matrimonial dans le Code. 124
XII. Evolution du Régime matrimonial. 133
XIII. La Réforme du Régime matrimonial. 140
CHAPITRE IV. — *De l'Autorité Paternelle*. 151
I. Conception individualiste et Conception sociale . . 151
II. Caractères de l'autorité paternelle dans le Code. . 153
III. Caractère tutélaire. 155
IV. Caractère autoritaire. 161
V. Nécessité d'un contrôle de l'autorité paternelle . . 165
VI. Droits de garde et de correction. 169
VII. Droit d'éducation. 176
VIII. Droits sur les biens des enfants. 186
IX. Déchéance de l'autorité paternelle. 192
X. Evolution de l'autorité paternelle 195
XI. Caractère de l'autorité maternelle dans le Code. . 199
XII. Conséquences de l'autorité maternelle. 203
XIII. La Réforme de l'autorité maternelle. 207
CHAPITRE V. — *La Famille prolongée*. 215
I. Les Limites de la famille 215
II. L'autorité paternelle après la majorité des enfants 217
III. Les autorisations au mariage. 222
IV. La dot des enfants. 230
V. La dette alimentaire entre parents et enfants. . . 234
VI. La seconde génération familiale 236
VII. Les droits et obligations des grands parents. . . . 237

VIII. La parenté 240
IX. Les droits successoraux de la parenté 243
X. Les obligations de la parenté : le Conseil de famille 248

XI. Le problème de l'héritage 252
XII. Caractère de nos lois successorales 256
XIII. Critique de nos lois successorales 267
XIV. La liberté de tester et l'autorité paternelle 269
XV. La liberté de tester et le morcellement des héritages 272
XVI. Justification des principes de nos lois successorales 278
XVII. La dernière évolution de nos lois successorales. 282
XVIII. Les droits successoraux des père et mère 284
XIX. Les droits du conjoint survivant 286
Conclusion 291